القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين

المبادئ العامة
والحلول الوضعية في القانون الأردني

دراسة مقارنة

الدكتور حسن الهداوي

كلية الحقوق - جامعة مؤتة

١٩٩٧

مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع

عمان - وسط البلد - سوق البتراء - عمارة الحجيري

هاتف ٦٤٦٣٦١ فاكس ٦٤٦٣٦١ ص.ب ١٥٣٢ عمان - الأردن

القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)

تأليف : الدكتور حسن الهداوي

الطبعة الثانية ـ عمان ـ ١٩٩٧

لمكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع

عمان ـ ساحة الجامع الحسيني

سوق الحجيري هاتف : ٦٤٦٣٦١

ص.ب ١٥٣٢ عمان ١١١١٨ الأردن

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(١٩٩٥/٥/٤٥٩)

رقم التصنيف : ٣٤١,٥

المؤلف ومن هو في حكمه : حسن الهداوي

عنوان المصنف : القانون الدولي الخاص/تنازع القوانين : المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الأردنى

رؤوس الموضوعات : ١ـ القانون الدولي

٢ـ القوانين الوضعية ـ الأردن

رقم الايداع : (١٩٩٥/٥/٤٥٩)

الملاحظات : مكان النشر : عمان / مكتبة دار الثقافة

*** ـ تم اعداد بيانات الفهرسة الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية**

تَنَازُعُ القَوانِين

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

- الطبعة الثانية -

عندما شرفت بتدريس مادة القانون الدولي الخاص بجامعة مؤتة لم أجد مؤلفاً يبحث في هذه المادة وفقاً للتشريع الأردني فكنت السباق في الكتابة بمفرداته (الجنسية، تنازع القوانين)، ولست أزعم أني فتحت بهذا فتحاً أو احرزت في القانون الدولي الخاص سبقاً ولكني أزعم أني أول من كتب في الأردن فيه .

وكانت الطبعة السابقة لهذا الكتاب قد صدرت في الشهر الخامس من سنة ١٩٩٥ قد نفذت بعد عام على إخراجها فظهرت الحاجة الى اعادة طبعه، وكنت أفضل أن يمضي بين الطبعتين (السابقة والحالية) من الزمن ما يكفي لتضم الطبعة الجديدة ما استجد من الأحكام القضائية إلا أن أعباء التدريس ودوامة العمل الدائب الذي يتطلبه التدريس لنظام المقررات لم يترك لي ما أحقق فيه ما أصبوا اليه، لذا فأن هذه الطبعة لم تتسع إلا لمزيد من التنقيح الضروري الذي يقتضيه المقام. وإن الكمال لله وحده واليه أنيب .

المؤلف

الدكتور حسن الهداوي

مؤته ٩/٨/١٩٩٦

توطئة

لقد أختصرت المسافات في هذا العصر وأصبح الإنتقال الى أقصى الارض ، والإنتقال بين أبناء المجتمع الدولي مسألة في غاية السهولة والسرعة ، وأصبحت الدولة في وقتنا هذا تضم فضلا عن أبنائها عدداً لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى ، ويرتبط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية ، ولذلك تعقدت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، وتنوعت القواعد القانونية التي تحكمها وأصبحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر اليسير في كل حين لأن لكل مجتمع نظامه القانوني الخاص به وله سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه ويخضع أفراده في فعالياتهم المتعددة الجوانب لقواعد وأنظمة تتناسب مع هذه الفعاليات وتختلف باختلافها . ولربما تغيرت وتطورت - في المجتمع الوطني للدولة - قواعد القانون الداخلي بتغير الأزمان و تطور العصر فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد ، على أن التباين يبدو واضحاً حينما يتعلق الأمر بأكثر من مجتمع بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطورها وظروفها وبالتالي في أنظمتها .

هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها سيثير ولا شك نزاعاً فيما بينها كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية أو أكثر .

وهذا النزاع - أو التنازع - كما جرى الاصطلاح على هذه التسمية منذ زمن ليس بقريب لأن العالم عرف التعامل القانوني بين الأفراد على نطاق يجاوز الحدود الأقليمية منذ زمن بعيد ، وقد أصبح في الوقت الحالي علمًا شائعاً لتشابك العلاقات

الدوليـة واتصـالها نتيجة التطرو الحضاري الهائل ، الأمر الذي أدى الى أن يكسب العنصر الأجنبي الى هذ العـلاقـات أهمية أكثر مما كانت عليه في السابق . وكما هو واضح فإن العـلاقـة القـانونيـة إن لم تتصل بدولة أجنبية من أية ناحية خضعت لـقـواعـد، القـانون الوطني ، كما لو اشترى أردنى من أردنى بعـقـد تم في الأردن ولازم النفـاذ فـيـه مـالاً موجوداً في الأردن فإن العلاقة تكون وطنية بحتة لإنعدام العنصر الأجنبي ولذلك فإنها تخضع في كل ما يتعلق بها للقانون الأردنى .

ولكن الحـال سـتختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر كأن يكون أحـد المتعاقدين من جنسية أخرى أو يكون المبيع موجوداً في بلد أخر أو حين يكون العـقـد نفـسـه مـتـصـلاً في إنشائه أو تنفيذه ببلد آخر ، إذ سيكون القانون الأردنى معرضاً لمزاحمة قوانين أخرى .

ويظهـر مـثل هذا التنازع أيضـاً في مسائل الأحوال الشخصية كزواج أردنى من أجنبـيـة أو من أردنيـة في الخارج ، وكوفاة عراقي في تركيا وترك ثروة في الأردن . وفي مـثل هذه الحـالات وفي كل الحـالات المشـابهة الأخـرى سنكون إزاء عـلاقات تتضمن عنصراً أجنبياً وسيظهر أكثر من قانون ممكن التطبيق عليها ، ولا يمكننا ـ كما في العـلاقـات القانونية الوطنية البحتة ـ حصر الاختصاص بالقانون الوطني ، لما سـيـجـره ذلك من ضرر بأطراف العـلاقـة القـانونية فيفقدهم الثقة والاطمئنان بتطبيق القانون الأكثر ملائمة واتفاقاً مع طبيعة العلاقة القانونية .

ولـدفـع هـذه الأضرار ، وتمـكيناً لهذه العـلاقـة من أن تشق طريقـهـا في ثقـة واطمئنان ـ مع فـواصيل الحـدود واخـتـلاف الحـدود واخـتلاف النظم ـ يبذل فقه القـانون الدولي الخـاص جـهـده في وضع قواعد قانونية تحل هذا التنازع باختيار القـانون الذي يسري على مـوضـوع العـلاقـة القانونية ليحكمها ، سواء أكان هذا القـانون هو القانون الوطني أم قانوناً أجنبياً . وتسمى هذه القواعد (بقواعد تنازع القـوانين) وتكون مـهـمـتـهـا فض التنازع بإسناد العـلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الى أحد القوانين المتنازعة .

على أن التنازع بين القـوانين يمكن أن يثـور لا بشأن القـانون الواجب التطبـيق فـحـسب وإنما بشأن السلطة ذات الاخـتـصـاص أيضاً ، كما هو الحال في تنظيم

السندات وتوثيقها . وهذا ما يعرف بتنازع السلطات . وقد يكون موضوع التنازع هو اختصاص المحاكم ، وفيما إذا كانت محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع ذات اختصاص أو غير مختصة ، وهذا ما يطلق عليه بالأختصاص القضائي .

وتنازع السلطات وتنازع الاختصاص يدخلان في مدلول اصطلاح «تنازع القوانين» بمعناه الواسع .

والمشرع في دولة من الدول يقصر دوره على تحديد اختصاص أو عدم اختصاص سلطته أو محاكمه دون أن يرشد الى سلطة أو قضاء أجنبي يختص عندما تكون سلطات دولته ومحاكمها غير مختصة بينما هو في «تنازع القوانين» بمعناه الضيق ، يبين القانون الذي يسري على الموضوع سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أم كان قانوناً أجنبياً .

ويلحق تنازع الاختصاص القضائي مسألة آثار الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية ومدى قوة هذه الأحكام وإمكانية تنفيذها في دولة أخرى .

يتضح مما تقدم أن «تنازع القوانين» يمكن أن يظهر في صور ثلاث ، تنازع القوانين ، وتنازع السلطات ، وتنازع الاختصاص . وهذا التنازع بصوره الثلاث ، يطمح فقهاء القانون الدولي الخاص ، سعياً وراء عدالة إنسانية ، الى التوصل لفضه عن طريق وضع قواعد عالمية ملزمة لجميع الدول . ومادام هذا لم يتحقق بعدفإن كل دولة تستقل بوضع قواعد تنازع القوانين الخاصة بها لحل التنازع بصوره الثلاث ، محددة القانون والسلطة في ذلك بما قدمه لها الفقه من دراسة في هذا المجال .

وقد نظم المشرع الأردنى هذا الموضوع في القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الذي ستنصب دراستنا بصفة أساسية على قواعد تنازع القوانين فيه ، ولكن يجدر بنا أن نبدأ بالمبادىء العامة في تنازع القوانين لمعرفة مدلوله ، والشروط اللازمة لنشوئه وتحديد نطاقه ومعرفة ظهور تنازع القوانين والنظريات التي وضعت لحل مشاكله وتطورها . لننتقل بعد ذلك الى دراسة تطبيق قواعد تنازع القوانين وما يثيره من مشاكل التكيف والأحالة وموانع تطبيق القانون الأجنبي .

البـــاب الأول

تنازع القوانين

تنازع الاختصاص التشريعي

الفصل الأول

المبادىء العامة

المبحث الأول : تعريف التنازع

قـد تتصل علاقة قانوينة خاصة بعنصر أو أكثر من عناصرها بأكثر من قانون واحـد كقانون جنسية أطراف العلاقة وقانون موطنهم وقانون محل حصول العقد وقـانون مـوقع المال وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .... الخ . وتعلق العـلاقة القانونية بمثل هذه القوانين العائدة لدول مختلفة يجيز ـ في الظاهر على الأقل ـ لكل قـانون من هذه القوانين أن يطبق دون غيره على العلاقة القـانونيـة سـواء من حيث إنشاؤها أو من حيث إنتهاؤها وينتج عن تعلق القوانين هذا تزاحم وتنازع فـيما بينهـا مما يسـتلزم مـعـرفة أي من هذه القوانين يجب أن تخضع له هذه العلاقة القانوينة .

وفي الواقع ليس هناك من تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي ، ذلك لأن التنازع إنما يفترض المسـاواة بين القـوانين المخـتلفـة من حيث السيادة ومثل هذه المساواة منتـفيه ، والأصل أن تكون السيادة في الأقليم الوطني للقانون الوطني (١) ولايطبق القـانون الأجنبي إلا إذا أمـر بذلك المشرع الوطني لإقتناعه بضرورة تطبيق القانون الأجنبي في حكم العلاقة القانونية .

وفـسح المجـال للقانون الأجني بدلاً من القانون الوطني في هذه الحالة سيكون بناء على إرادة المشرع الوطني ، حين رجح القـانون الأجنبي باعـتـباره أكثر ملائمة لحكم العـلاقة القانونية . والتنازع ، إن كان هناك تنازع ، فإنه لا يقوم إلا في ذهن المشرع الوطني على شكل مـوازنة ومـفـاضلة يجريها بين قـوانين دول مختلفـة (٢)

---

١ ـ الدكتور حامد زكي ـ القانون الدولي الخاص المصري ، ص١٦ لسنة ١٩٤١ .

٢ ـ الدكـتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ، الطبعة السادسة ص٧ . الدكتور فؤاد عبدالمنعم رياض مبادىء القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري ١٩٦٩ ص ١٤

وبمناسبة علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لإختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة وقد تؤدي هذه المفاضلة الى إفساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني .

ولهذا، ولإستبعاد فكرة تنازع السيادات رأى بعض الكتاب الهولنديين في القرن السابع عشر الإستعاضة عن تسمية تنازع القوانين باصطلاح (تسابق القوانين) ، واستعمل الكتاب الإنكليز اصطلاحاً آخر هو (إختيار القوانين) وقد أريد من هذين الإصطلاحين إبعاد فكرة التناحر والتنازع ولكن لم يكتب لهذين المصطلحين الإنتشار (١) . وبقي اصطلاح (تنازع القوانين) شائع الإستعمال .

ونظراً الى تعاقب القوانين في الدولة الواحدة يظهر بينها نوع من التنازع يطلق عليه إسم (تنازع القوانين من حيث الزمان) ولغرض تمييز تنازع القوانين الدولي عن التنازع من حيث الزمان فإنه يطلق أحياناً عليه إسم (تنازع القوانين من حيث المكان) . وأطلق المشرع الأردنى عليه مصطلح «التطبيق المكانى للقانون» .

وحيث أن وظيفة قواعد تنازع القوانين من حيث المكان تنحصر في إسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي الى أحد القوانين المتنازعة لحكمها لذا يطلق على هذه القواعد إسم (قواعد الإسناد)(٢) .

ولا يبرز تنازع القوانين بشكله الواضح إلا في حالة ما إذا كانت العلاقة القانونية موضوع دعوى تطرح أمام المحاكم للبت فيها عن طريق تطبيق القانون المختص عليها . بل إن التنازع قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية ؛ لأن نشوءها وتكوينها يتطلب تحديد القانون الذي يحكم وضعها من الناحية الشكلية والموضوعية ، وتحديد هذا القانون يثير منذ الإبتداء التزاحم والتنافس بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر .

ويكون حل التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله سواء أكان وطنياً

---

١ ـ عبد الحميد وشاحي ـ القانون الدولي الخاص في العراق . بغداد : ١٩٤٠، ص ١٧ .

٢ ـ أنظر دكتور منصور مصطفي منصور ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ، ص ١٠ .

أم أجنبياً ويتم ذلك بالرجوع الى قواعد تنازع القوانين من حيث المكان (قواعد الإسناد) التي يضعها المشرع الوطني، والى مصادر القانون الدولي الخاص الأخرى عند افتقاد النص، لتعيين القانون الواجب التطبيق . ويفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية إليه ليحكمها .

يتضح من هذا أن في كل حالة من أحوال تنازع القوانين تمر العلاقة القانونية بمرحلتين : ـ أولاهما تعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة القانونية لقانون، وثانيهما تطبيق هذا القانون على العلاقة ذات العنصر الأجنبي .

وليست قواعد الإسناد ـ القواعد التي يحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق ـ قواعد عالمية ملزمة، بل هي قواعد وطنية، فكل دولة تضع لنفسها ما تراه ملائمًا من قواعد الإسناد . وتؤدي حرية الدول في اختيار قواعد تنازع القوانين الى تنوع هذه القواعد واختلافها بالنسبة للعلاقة الواحدة . فإذا كان بعضها يعطي الاختصاص في الأهلية مثلاً الى انون الجنسيه فإن بعضها الآخر قد يعطي الاختصاص الى قانون الموطن .

ويلاحظ اليوم ظهور قواعد موضوعية تقدم حلولاً مباشرة للعلاقات القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً .

وتظهر مثل هذه القواعد إما بمقتضى إتفاقات دولية أو بقرارات قضائية . فالدول رغبة منها في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية المتزايدة تعقد اتفاقات دولية تشتمل على قواعد موضوعية تطبق مباشرة على العلاقات القانونية الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً . ومن هذه الإتفاقات ، إتفاقات الشروط العامة لتسليم البضائع المعقودة بين الإتحاد السوفييتي سابقاً والدول الديمقراطية الشعبية في ذلك الوقت [1] والمعاهدات التي تنظم بعض المسائل كالنقل الجوي والبحري والشيكات .

١ ـ دكتور عز الدين عبد الله ـ تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية . مجلة مصر المعاصرة : يوليو ١٩٧١ عدد ٣٤٥ ، ص ٤٥٧ . دكتور هشام علي صادق . تنازع القوانين . الطبعة الثانية . سنة ١٩٧٤ ، ص ٢٣ .

وقد تصدى القضاء في بعض الدول لوضع قواعد موضوعية خاصة بالعقود الدولية ، من ذلك ما أقره القضاء الفرنسي من صحة شرط الدفع بالذهب إذا ما أدرج في عقد يتسم بالصفة الدولية رغم بطلان هذا الشرط إذا ما ورد في عقد داخلي[١] .

المبحث الثاني

شروط قيام التنازع

يشترط لقيام تنازع القوانين توافر ظروف اجتماعية وتشريعية هي : ـ

١ ـ أن يكون هناك امتداد في العلاقات والتبادل الدوليين فمتى كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة بجميع عناصرها ، كما لو تزوج أردني من أردنية في الأردن فالقانون الذي يحكم عقد زواجهما شكلاً وموضوعاً هو القانون الأردنى ، أما إذا كان أحد الزوجين أجنبياً أو كان العقد قد تم في الخارج فعندئذ يمكن أن نتسائل عن القانون الذي سيحكم هذا العقد . لأن العلاقة لم تعد بأشخاصها أو بمجمل وقائعها وطنية بحتة وإنما قد شابها عنصر أجنبي.

ولا يمكن أن تشاب العلاقة بعنصر أجنبي إلا إذا كان انتماء عناصرها لدول متعددة وهذا لا يتم إلا إذا قبل مبدأ التبادل الدولي في مختلف الميادين الحقوقية والثقافية وسائر النواحي الإجتماعية ، وكلما زاد الإتصال بين الدول كلما زادت الحالات التي يظهر فيها تنازع القوانين ،ولهذا يشترط قيام التنازع بين القوانين ان يكون هناك تبادل دولي ليظهر في العلاقة القانونيه عنصر أجنبي من أحد عناصر العلاقة القانونية ، والعناصر المكونة للعلاقة القانونية هي : ـ

أولاً : السبب المنشيء لها ، سواء كان هذا السبب تصرفاً قانونيا كبيع أو

١ ـ Francescakes Conflits de Lois ; Rep. de droit int . 1968; L 984 .

وصية أو واقعة قانونية ـ عملاً ضاراً أو عملاً نافعاً ـ أو نصاً في القانون كالولاية والوصاية . وقد يكون السبب المنشيء واقعة طبيعية كالولادة والموت.

ثانياً : أشخاص العلاقة القانونية ، سواء أكان هؤلاء الأشخاص دائنين أو مدينين أو أصحاب حقوق وملتزمين فاعلي ضرر أو متضررين .... الخ.

ثالثاً : محل العلاقة القانونية ، وهذا المحل إما أن يكون قياماً بعمل شيء أو إمتناعاً عن القيام به أو إلتزاماً بإعطاء شيء منقول .

وتحديد عناصر العلاقة القانونية السالفة الذكر في الزمان والمكان له أهميته الكبرى في تعيين القانون الواجب التطبيق فمعرفة المكان الذي تم فيه العقد مثلاً يرشدنا الى معرفة القانون المختص من حيث الشكل ، ومعرفة زمان حصوله تهدينا الى التعرف على القانون السائد وحصوله ..... الخ .

فإتصال العلاقة القانونية بقوانين عدة دول قد يجعل كل قانون من قوانين تلك الدول قابلاً للتطبيق على العلاقة القانونية في هذه الحالة .

٢ ـ أن تكون هناك مكنة في أن يقبل المشرع الوطني ـ في حالات معينة ـ تطبيق قانون غير قانونه لان التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه وفي جميع الأحوال لايظهر والحالة هذه أي تنازع بين قانون القاضي وأي قانون آخر ، لأن المسألة ستكون معلومة وهي بأن ليس من قانون يصار إليه إلا القانون الوطني ، ولا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرع المحلي مبدأ إحتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلي ، ويتوقف ظهور تنازع القوانين أيضاً على عدم الأخذ بمبدأي إقليمية القوانين وشخصية القوانين بصورة مطلقة. ونعني بإقليمية القوانين المطلقة أن القانون المحلي واجب التطبيق لا على جميع العلاقات القانونية التي تنتسب بعناصرها الى ذلك الإقليم فحسب بل يشمل اختصاص هذا القانون جميع العلاقات القانونية حتى التي كانت عند نشوئها

أجنبية في أحد عناصرها . فنظام ـ كهذا ـ يمنع أي تطبيق لقانون غير القانون المحلي، إنما يعدم التنازع بين القوانين. ولا يظهر التنازع إلا اذا طبق في حالات معينة قانون آخر، أي إذا أخذ بالإقليمية النسبية (La terrioriate Relative) ولا يؤدي كذلك الأخذ بشخصية القوانين بصوة مطلقة الى ظهور تنازع القوانين، حيث تحكم الروابط القانونية، بمقتضى هذا المبدأ، بالقانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية ، ويتحدد القانون الشخصي بقانون الجنسية بالنسبة للبعض وبقانون السكن بالنسبة للآخرين . مما ينتفي معه احتمال تطبيق قانون آخر غير هذا القانون وبالتالي ينعدم التنازع .

٣ ـ أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول : فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة وموحدة فإن اختيار أحدها دون غيره لا يؤدي إلا الى منفعة نظرية (١) أما عملاً فإن الحكم سيكون ذاته سواء أعطى الاختصاص الى قانون دوله ما ام لقانون دولة أخرى . وما دام الحكم واحداً فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع . فعلى سبيل المثال لو تبنت الدول أحكاماً موحدة في الأحوال الشخصية فسيخضع زواج وطلاق ونسب كل شخص من تلك الدول الى القواعد نفسها وعندها لن يكون هناك فرق إن طبق قانون جنسية الزوج أو طبق قانون جنسية الزوجة التي هي من جنسية أخرى .

وحين يكون اختلاف القوانين عنصراً أساسياً لا بد منه لقيام التنازع بين القوانين ، فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة وإلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دولة للمفاهيم القانونية للدول الأخرى ، الأمر الذي يؤدي الى عدم التسامح والتهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافاً جوهرياً عن المبادىء والأسس التي تقوم عليها قوانينها . وبناء على ذلك ، فإن قواعد تنازع القوانين في الدول الأوروبية ، مع أنها توجب الأخذ بقانون

---

١ ـ Le Rebours - pigonaire; Droit int. pr. p. 304 .

الجنسية في الأحوال الشخصية ، إلا أن المحاكم هناك لا تستجيب لمسلم إذا أراد أن يعقد عقد نكاح للمرة الثانية أو الثالثه حسب ما يجيزه قانونه الشخصي ، والمستمد من الشريعة الإسلامية ، (١) ذلك لأن نظام تعدد الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام بموجب تلك القوانين .

فاختلاف جوهري كهذا يؤدي الى النفور من القواعد الأجنبية والى رفضها مع كونها واجبة التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين. وقد امتنعت المحاكم في مناسبات متعددة عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قواعد تنازع القوانين وذلك بسبب الإختلاف الجوهري بين القانونين الوطني والأجنبي ومن أمثلة ذلك ما جاء في حكم محكمة (إيكس آن برفنس) في حكمها الصادر في ٢٣ كانون الأول سنة ١٩٢٥ القاضي برفض تطبيق القرار الصادر من الحكومة السوفيتية والذي يتضمن مصادرة سفن إحدى شركات الملاحة الروسية بموجب القوانين الإشتراكية والتي أصدرتها الحكومة الروسية آنذاك لأن هذه القوانين تختلف في أسسها وروحها مع الأنظمة السائدة في فرنسا التي تقر الملكية الفردية . وبناء على ذلك فإن المحكمة قد حكمت بتثبيت ملكية الشركة للسفن الراسية في المياه الفرنسية ولم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضية بأن الأموال غير المنقولة تخضع لقانون محل وجودها . وبما أن السفن تعتبر مالاً غير منقول يلحق بالدولة العائدة لها ، وهي هنا روسيا ، فإن القانون الروسي يطبق عليها ، وحيث أن هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية وملكها للدولة ، فقد كان يلزم تبعاً لذلك الحكم بملكية الدولة السوفيتية للسفن ، إلا أن المحاكم الفرنسية رفضت إعطاء الاختصاص للقانون الروسي وفضلت العمل بقانونها الوطني ، ولم تسمح للقانون الأجنبي بأن ينافس قانونها .

---

١ ـ راجع د. جابر جاد عبد الرحمن ـ تنازع القوانين ، بغداد : ١٩٤٧ ـ ١٩٤٨ ، ص ٤٢٢ .

المبحث الثالث

نطاق التنازع

يأخذ التنازع صوراً مختلفة فقد يكون بين قوانين داخلية تستند جميعها الى سلطة واحدة ، او بين قوانين دول مختلفة ، فهل تدخل صور التنازع هذه جميعها في دراسة القانون الدولي الخاص ، او أن ذلك يقتصر على التنازع الدولي دون الداخلي ؟

وإذا كان في قوانين الدول ما يعتبر من القانون العام وما ينسب الى القانون الخاص ، فهل يمكن أن يثور التنازع بين القوانين العامة للدول المختلفة كما يثور بين القواين الخاصة او أن أن نطاقه محصور بفرع دون آخر ؟؟ .

الصفة الدولية للتنازع :

أول ما ظهرت مشكلة التنازع بين القوانين ظهرت في التنازع بين قوانين مدن تابعة لدولة واحدة ، ثم تطور ذلك الى التنازع بين قوانين المقاطعات المنتسبة لدولة واحدة أيضاً ، وبعد ذلك أخذ مظهره الدولي ، وبدأ التمييز بين نوعين من التنازع هما التنازع الدولي والتنازع الداخلي .

التنازع الدولي Conflits Internationaux

لا شك أن التنازع الدولي هو ما يعني به القانون الدولي الخاص ، وكما سبق أن بينا فإن هذا التنازع يظهر بين قوانين دول مختلفة ، كل قانون منها يتمتع بسيادة تامة في إقليمه ، كالتنازع بين القانون الأردنى والقانون التركي بشأن علاقة قانونية تنتسب بعناصرها الى هذين القانونين ، فوجود عنصر أجنبي في العلاقة ينشأ عنه نزاع في حكم العلاقة القانونيه ذات العنصر الأجنبي ، وهنا لا بد من فض هذا النزاع . ولا يكون ذلك إلا عن طريق قواعد ترمي الى تعيين القانون الواجب التطبيق على أمثال هذه العلاقة . ومثل هذه القواعد يهتم بها القانون الدولي الخاص .

ويظهر التنازع الدولي اعتيادياً بين قوانين دول مستقلة تعترف ببعضها ، لذلك فكر البعض بأن قوانين الدول المعترف بها فقط يمكن قبول تطبيقها في الدول المعترفة بها ، واستناداً الى ذلك رفض القضاء الفرنسي تطبيق قوانين الحكومة السوفياتية ، وامتنع عن قبول مزاحمتها للقوانين الفرنسية ، وذلك قبل اعتراف الحكومة الفرنسية بالإتحاد السوفياتي بسبب عدم اعترافها بالنظام السوفياتى آنذاك .

وقد أوقع هذا الإتجاه الدول المتمسكة به في صعوبات عملية ، إذ تعذر عليها اسناد العلاقة القانونية الى القانون الأكثر ملائمة له كلما كانت العلاقة خاضعة لقانون دولة غير معترف بها ، مع العلم أن تطبيق القانون الأجنبي يهدف في الحقيقة والواقع الى تنظيم علاقة قانونية ، أخذاً بعين الإعتبار بأنها تدخل في نظام قانوني أجنبي صادر من دولة أخرى ومطبق فيها فعلاً ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت تلك الدولة قد اعترف بها او لم يعترف بها لأسباب سياسية ، ذلك لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يرمي الى إبراز علاقات بين الدولة المراد تطبيق القانون فيها والدولة المراد تطبيق قانونها ، بل يراد من ذلك التأكد من وجود نظام قانونى يجري العمل به خارج الدولة وأفضليته في حكم العلاقة القانونية (١) ، ولهذا فإن الإعتراف بالدولة الأجنبية ليس شرطاً لقبول مبدأ تنازع قوانيها مع قوانين دولة لم تعترف بها سياسياً .

ومع ذلك لا يكتفي بارتان بوجود سلطة إقليمية أجنبية تعلن القانون وتأمر به ليكتسب مثل هذا القانون الصفة الدولية ومن ثم يقبل تطبيقه في دولة أخرى ، بل يشترط الى جانب ذلك صدوره من سلطة نظامية ، ولهذا فأوامر العصابات وقطاع الطرق ما دامت صادرة من سلطة غير نظامية لا تعتبر قانوناً ولا يسمح لها بالتنازع مع قوانين الدول .

وينبني على ذلك استبعاد قيام التنازع بين قانون دولة معينة وعادات الجموع

---

١ ـ أنظر Batiffol. ∂roit International Prive; 1959 P. 300 G.P 1924. L. 96

غير المنظمة التي تعوزها الحضارة أو تنقصها المقدرة على تفهم الأحكام القانونية الدولية[1] .

التنازع الداخلي :

والى جانب التنازع الدولي ، هناك تنازع داخلي ينشأ بين قوانين مختلفة لدولة واحدة ، كأن تكون الدولة مكونة من عدة ولايات ـ كالولايات المتحدة الأمريكية ـ لكل منها قانونها الخاص ، او أن توجد داخل دولة واحدة نظم قانونية متعددة يخص كل منها فئة معينة من الأشخاص ، كما في لبنان الذي توجد فيه عدة طوائف دينية لكل منه قانون خاص يطبق على الأفراد التابعين لها في مسائل الأحوال الشخصية .

فتعدد القوانين في الدولة الواحدة قد يؤدي الى التنازع بشأن علاقة قانونية ، إلا أن هذا النوع من التنازع لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لأن العلاقة القانونية تسند الى وحدة تشريعية لها قواعد خاصة بها لحل هذا التنازع .

ولا يدخل أيضاً في موضوع دراستنا التنازع الإستعماري ، وهو الذي يحصل بين قانون الدولة المستعمره وقانون إحدى المستعمرات التابعة لها .

كما لا يدخل في دراستنا هذه التنازع الذي يحصل بسبب الضم أي بين القانون السائد في إقليم ضم الى دولة وقانون الدولة الضامة . إذ تعتبر العلاقة القانونية في مثل هذه الحالات وطنية في جميع عناصرها .لأن القوانين المتنازعة تمثل مظهراً لسيادة تشريعية واحدة يملك المشرع ذاته سلطة عليا في توحيد قواعد التنازع فيما بينها . بينما لم يظهر في التنازع الدولي بعد نظام موحد ولا سلطة عليا لحل التنازع بين قوانين الدول ، ولا تزال كل دولة تتبنى نظاماً خاصاً بها .

---

١ ـ ولذلك امتنعت المحاكم الانجليزية من قبول التنازع بين القانون الانجليزي والعادات المتبعة لدى احدى القبائل المتوطنه في اواسط افريقيا (مجلة كلونية ١٨٨٩ ص ١٢٩) ، أنظر في الاشارة لهذا الحكم دكتور جابر جاد عبد الرحمن ـ تنازع القوانين ـ القاهرة : ص ١٠ ، ودكتور منصور مصطفى منصور ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ص ٢٠ .

وفي بعض الدول تنعـدم التفرقة بين التنازع الدولي والداخلي ، كالولايات المتحدة الأمـريكية ، لذلك عدل عن استعمال اصطلاح «القانون الدولي الخاص» وحل محله اصطلاح «تنازع القـوانين» وهو يدخل في مضمونه التنازع الدولي والداخلي . ولكن أكـثـر الدول لا تدخل التنازع الداخلي في دراســة القانون الدولي الخاص ، وهذا هو المسلك الذي اتبعه المشرع الأردني عند تنظيمه لتنازع القوانين في القانون المدني .

التنازع المشترك :

برز قبل بضعة سنين شكل جديد من تنازع القوانين مشترك بين التنازع الدولي و الداخلي ، وهو التنازع بين قـوانين دول مـســتقلة إلا أنها تتحد بخصوص بعض القـضايا المعينة كما هوالحال في التنازع المحتمل الظهور بين قوانين الدول الأعضاء في السوق الاوروبية المشتركة .

نخلص مما تقـدم الى أن التنازع الذي نريد دراسته يقتصر على التنازع المحتمل الظهـور بين قوانين تابعة لدول مختلفة ، وعلينا الآن أن نتعرف على نوعية القوانين التي يمكن أن يقبل فيها مبدأ التنازع .

نوعية القانون :

ينقـسم القـانون الى فرعين هما القانون العام والقانون الخاص (١) ، فهل يكون التنازع قـائمًا ومـقـبـولاً بين قـواعد كل فرع من هذين الفرعين أو أنه يقتصر على أحدهما دون الاخر ؟

لما كـانت الحقيقة الأساسية في تنازع القوانين الدولي هي التطبيق الفعلي للقانون الذي يولى الإخـتـصــاص وطنيـاً كـان أم أجنبـيـاً ، ونتيجة كهذه إن صح قبولها بالنسـبـة لمسائل التي تثيرها العلاقات الخاصة أي العلاقات التي تقوم بين الأفراد

---

١ ـ ان الاتجـاه الحديث لدى نفر غير قليل من رجال الفقه يميل نحو تقليص الفروق بين علاقات القـانون العـام وعلاقات القانون الخاص التي تجد اساسها في الفكر الليبرالي والراسمالي حيث تتـعـامل مـصلحـة المجـتمع ومصلحة الافراد . اما في الفكر الاشتراكي المبني على عدم وجود تعـارض بين مصلحة المجموع ومصلحة الافراد بل يحتوي احدهما على الاخر ، فالتفريق بين القانون العام والخاص يكاد يكون عديم الجدوى .

أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة والتي لا تدخل الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة سيادة ، وهذا هو الشأن بالنسبة للعلاقات المدنية بالمعنى الواسع (القانون المدنى ، القانون التجاري ، قانون الأحوال الشخصية ، وغيرها من فروع القانون الخاص) . فبالنسبة لهذه العلاقات (علاقات القانون الخاص) من الممكن قبول تطبيق قانون أجنبي بشأنها ، ذلك لأن مثل هذه القوانين إنما تقوم على أساس تنظيم مصالح الأفراد فيما بينهم ولا يكون تطبيق قواعد أجنبية على علاقات قانونية داخلة في نطاق القانون الخاص أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع لا بل قد يتفق تطبيقها مع مصالح أطراف العلاقة .

أما العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة سيادة والتي يحكمها القانون العام (القواعد الدستورية ، الإدارية ، المالية ، الجنائية) فإنها لا تثير مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق (أي مشكلة تنازع القوانين) . لأنه بشأنها لا يمكن تصور تطبيق قانون غير القانون الوطني ، فالقانون الوطني وحده واجب التطبيق لأن قواعده متصلة بالمصلحة العامة للدولة وبسيادتها ، ولا تتحقق مصلحة المجتمع إلا بأعمال قواعد القانون العام الوطني دون سواه. ولهذا ما على القاضي إذا ما طرح عليه نزاع يتصل بأحد فروع القانون العام إلا العمل على تطبيق قانونه الوطني . وينبني على ذلك أن علاقات القانون العام لا تثير تنازعاً بين القوانين مماثلاً لذلك الذي تثيره علاقات القانون الخاص، ودور القاضي ينحصر في تحديد نطاق تطبيق القانون العام فقط ، أي البحث عن مدى ومجال تطبيق قواعد القانون العام الوطني ، فإذا تبين له أن أحكام قواعد قانونه العام الوطني لا تسري على موضوع النزاع فإنه يتوقف عند هذا ولا ينتقل الى البحث عن القانون الأجنبي الذي يخضع له النزاع[1] .

---

١ ـ أنظر Batiffol. Traité Elementaire de Droit International Privé; 1959 P. 285
دكتور فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد ، القانون الدولي الخاص ، ١٩٨٧ ص ٨٩ :
«فإذا تبين عدم خضوع الشخص لقانون ضريبة الدخل الوطني لا يجوز بعد هذا البحث عن القانون الأجنبي المالي الذي يخضع له هذا التصر» .

وإن مـهمة القاضي بالنسبة لعلاقات القانون العام تكمن في تحديد نطاق تطبيق القـانون الوطني من حـيث المكان، فـقانون العقوبات الأردني مثلاً يحدد الجرائم التي يعـاقب عليـهـا وهي في أغلب الأحـيان تلك التي ترتكب على إقليم الدولة . ولا تسري قـواعد قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إلا إذا ورد نص فـيـه يمد نطاقه ليشمل المخالفات التي تقع خارج حدود الدولة . فالمادتان التاسعة والعـاشرة من قـانون العـقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ مـثلاً تعاقبان من يرتكب المخـالفـات المنصوص عليها فيهما حتى لو تم ارتكاب المخالفة خارج حدود المملكة الأردنية الهاشمية . إذ نصت المادة التاسعة على ما يلي :

«تـسري أحكام هذا القـانون على كل أردني أو أجنبي ـ فـاعـلاً كـان أو شريكاً محرضـاً أو مـتـدخلاً ـ ارتكب خارج المملكة جناية أو جنحة مخلة بأمن الدولة أو قلد خـتم الدولة أو قلد نقوداً أو زور أوراق النقد أو السندات المصرفية الأردنية أو الأجنبية المتداولة قانوناً أو تعاملا في المملكة الأردنية الهاشمية» .

والفـقـرة الثـالثـة من المادة العـاشرة من قـانون العقوبات تخضع الجرائم التي يرتكبها خارج المملكة موظفو السلك الخارجي والقناصل الأردنيون . فرغم أن هذه الجرائم تم ارتكابها في الخارج فإن قانون العقوبات الأردني يخضعهم للعقاب[1] .

---

١ ـ المادة ١٠ من قـانون العـقـوبات تضمنت اربع فقرات بمعاقبة من توافرت فيه شروط احدى الفقرات بارتكابه مخالفة خارج الاردن وجاء فيها ما يلي :

تسري احكام هذا القانون :

١ ـ على كل اردني ـ فـاعـلا او شريكاً محرضـاً او مـتدخلا ـ ارتكب خارج المملكة جناية او جنحـة يعاقب عليه القانون الاردني . كما تسري الاحكام المذكورة على من ذكر ولو فقد الجنسية الاردنية او اكتسبها بعد ارتكاب الجناية او الجنحة .

٢ ـ على الجـرائم التي يرتكبـهـا خـارج المملكة اي مـوظف اردني اثناء ممارسته وظيفته او بمناسبة ممارسته اياها .

٣ ـ على الجـرائم التي يرتكبـهـا خارج المملكة موظفو السلك الخارجي ، والقناصل الاردنيون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم اياها القانون الدولي العام .

٤ ـ على كل اجنبي مـقـيم في المملكة الاردينة الهاشـمـيـة فـاعـلاً كـان او شريكاً محرضاً او مـتداخلا ، ارتكب خارج المملكة الاردنية جناية اوجنحة يعاقب عليها القانون الاردنى اذا لم يكن استرداده قد طلب او قبل .

وكذلك بالنسبة لبعض القوانين المالية ، إذ تخضع مثلاً لضريبة الدخل الفوائد والعمولات المتحققه خارج المملكة لأي شخص اردني أو مقيم[1] .

ففي مثل هذه الحالات يطبق القانون العام الوطني (قانون العقوبات أو قانون ضريبة الدخل) على أفعال وقعت خارج المملكة ، ولكن تطبيق القانون العام الوطني على الأفعال التي تم وقوعها في الخارج يتم لا عن طريق إحلال القانون العام الوطني محل القانون العام الأجنبي . وإنما هو مجرد تحديد نطاق القانون العام من حيث المكان وشموله أو عدم شموله لتصرفات وقعت في الخارج . وبالتالي فلا وجود، للتنازع بين القوانين ، لأن السلطة الوطنية إذا ما رأت عدم خضوع العلاقة للقانون العام الوطني فإنها لا تبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق . فمثلاً وقوع احتيال خارج العراق لا يدخل تحت طائلة قانون العقوبات العراقي إذا لم ينجم عنه ضرر في العراق [2] ، وما على القاضي إلا أن يبرىء ساحة المتهم ولا يملك البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق . بينما إذا كانت العلاقة من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص فإن المحكمة تعين القانون الذي يحكم العلاقة القانونية وتطبقه ، ولا فرق في هذا إن كان القانون وطنياً أو كان أجنبياً[3] .

إن سبب هذا الإختلاف بين فرعي القانون العام والخاص هو أن القانون العام يشتمل على قواعد تتعلق بمصلحة المجتمع مباشرة مما يستلزم العمل بها في كل ما يدخل في نطاق تطبيقها ، في حين أن القانون الخاص يضم قواعد تتعلق بمصالح الأفراد ، أما مصلحة الجماعة فلا تتصل بها إلا عن طريق مجموع مصالح الأفراد

---

١ ـ الفقرة (ب) المادة (٢) قانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٢:
«تخضع للضريبة الفوائد والعمولات المتحققة خارج المملكة لأي شخص اردني او مقيم بما في ذلك الشركة العادية المقيمة ـ وتكون ناشئة عن امواله وودائعه في المملكة ..»

٢ ـ الدكتور حميد السعدي ص٨٨ ، شرح قانون العقوبات الجديد ، ج١ : «تعتبر الجريمة مرتكبة في العراق اذا وقع فعل من الافعال المكونة لها او اذا تحققت فيه نتائجها او كان يراد ان تتحقق فيه . فجريمة النصب اذا وقعت في الخارج وتحققت نتائجها في العراق او افتضح امر محتال قبل ان يتم الاستيلاء على المال في العراق فتعتبر الجريمة قد وقعت في العراق وتخضع لنطاق القانون العراقي .

٣ ـ جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ، سنة ١٩٦٠ ، ص ١٧ .

ومن ثم فـلا ضير من تطبـيق القـانون الأجنبي الأكـثـر مـلائمـة في حالات معينة خاصـة[1] .

غير أن حصر نطاق التنازع بين القوانين الخاصة لا يعني أن القانون العام بعيد ولا أثرله على القـانون الخاص في ميدا ن التنازع ، بل توجـد نقط التقاء كثيرة بين نطاق كل من القـانونين ، وقد يكون لتطبيق القانون العام أثره في بعث التنازع بين القـوانين الخـاصة . فلو أن قانون العقوبات ـ وهو قانون عام ـ عاقب في دولة من الدول على تعـدد الزوجات ، فإن الأجانب الموجودين في إقليم تلك الدولة سيشملهم أحكام ذلك القـانون ، وبالتالي سيخضعون للعقاب بزواجهم من ثانية في إقليم تلك الدولة ،حـتى لو كـان قـانون جنسـيتهم يجيز لهم تعدد الزوجات ذلك لأن تحديد المخالفات المنصوص عليها في قوانين العقوبات ، والعقاب عليها إنما يكون بمقتضى القـانون الإقليمي لأن صفة العموم من الصفات الأسـاسية التي لا بد منها لتحقيق الهدف الذي شرع من أجله القانون . وعمومية قانون العقوبات (قانون عام) تؤدي الى شـمـوله الأجـانب مهما كانت قوانينهم الشخصية وبصرف النظر عما إذا كانت تجيز لهم تعدد الزوجات أو لا تجيز .

ومع أن القـانون العام متصف بصفة العموم ويطبق ـ دون غيره ـ على من يقع تحت طائلتـه ، فإن تطبيقه أو عدم تطبيقه يتوقف في المثال المضروب آنفاً على الأخذ أو عدم الأخذ بالقانون الشخصي لذلك الأجنبي . فلو دفع الأجنبي ، المقدم للمحكمة بتـهمة تعدد الزوجات ، ببطلان أحد الزواجين فيلزم بادىء ذي بدء البت في ادعائه هذا ، لأن العقاب يتوقف على صحة هذا الدفع أو عدم صحته . ولكن تحديد صحة عـقد الزواج أو بطلانه انما يقرره القانون الخاص ، وهو هنا قد يكون قانون محل انعـقـاد العـقـد أو قـانون جنسـيـة المتهم أو قانون القاضي ... الخ فلأي من هذه القوانين يجب أن يترك تقدير بطلان الزواج ؟! .

وقـد يعـتبر الزواج باطلاً بمـقـتـضـى أحـد هذه القـوانين وقـد يعـتبر صـحيحاً بمـقـتـضـى قـانون آخـر . والأخـذ بالأول يمنع العقاب في حين أن العمل بمقتضى

١ ـ Batiffol 1959; 293. Emile Tyan Droit International Privé Beyrouth .

القانون الثاني يوجبه ، لهذا يستلزم الإبتداء بتحديد القانون الخاص المختص وتعيينه أي فض التنازع القائم بين هذه القوانين ومن ثم تطبيق القانون العام .

نخلص مما سلف الى أن القانون العام وإن كان لا يقبل فيه التنازع إلا أن تطبيقه قد يجر إلى التنازع بين القوانين الخاصة[1] .

الأخذ بالقوانين العامة الأجنبية بصفة تبعية :

سبق القول بأن القانون العام الأجنبي لا ينازع القانون العام الوطني ، ومهمة القاضي تنحصر في النظر في إمكانية تطبيق القانون العام الوطني دون غيره او عدم تطبيقه ، ومع هذا فقد يؤخذ أحياناً ، في كل دولة ، بعين الاعتبار بقوانين عامة أجنبية وتطبق بصفة تبعية ، لا أصلية ، لأعمال القواعد الوطنية . فاكتساب حق في الخارج بمقتضى قانون عام أجنبي يتطلب الإعتراف به الى البحث عن استكمال قواعد ذلك القانون العام الأجنبي . فمثلاً إذا اكتسب عراقي جنسية أجنبية فى دوله أجنبية عن اختيار منه ، فإن قانون الجنسية العراقي يفقده الجنسيه العراقيه بناءاً على هذا الاكتساب (٢) ، ولهذا فإن تطبيق هذا النص يستلزم البحث في استكمال شروط اكتساب الجنسية الأجنبية بمقتضى قانون الجنسية الأجنبي وهو قانون عام . فلا يفقد العراقي جنسيته إلا باكتساب الجنسية الأجنبية بصورة صحيحة بمقتضى قانون الجنسية الأجنبي .

ويرد القول نفسه بالنسبة للأحكام الأجنبية لأن تنفيذها في الأردن يتوقف على صدورها من المحكمة المختصة وبمقتضى القوانين المرعية في البلاد التي أصدرتها وأن تكون حائزة على صفة التنفيذ في تلك البلاد ، أي أنها نهائية وغير قابلة لطرق الطعن . لذلك فإن إصدار قرار تنفيذ حكم أجنبي يجرنا الى البحث في تحقق هذه الشروط بمقتضى القانون الأجنبي والشروط الشكلية للحكم الأجنبي هي من

---

١ ـ جابر جاد عبد الرحمن ـ المذكور ـ لسنة ١٩٥٩ ، ص ١٨ .

٢ ـ المادة الحادية عشرة من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ : «كل عراقي اكتسب جنسية اجنبية في دولة اجنبية باختياره يفقد الجنسية العراقية» .

القانون العام للدولة الأجنبية[1] .

وكذلك قد يعترض عند تبيق القانون الأجنبي بعدم دستوريته، ويضطر القاضي المطروح أمامه النزاع الى الفصل في هذا الدفع أي البت في دستورية أو عدم دستورية القانون الاجنبي ويتم هذا عن طريق تطبيق الدستور الأجنبي[2] .

يتضح من الأمثلة السابقة أن القانون العام الأجنبي قد تعلق بالقانون الدولي الخاص وطبق بصورة تبعية لتطبيق القانون الوطني ولكنه لم ينافس القانون العام الوطني ولم يحل محله .

المبحث الرابع
التطور التاريخي لقواعد التنازع

لم تظهر قواعد تنازع القوانين مرة واحدة وبصورة فجائية ، بل ظهرت بصورة تدريجية تحت ضغط تزايد العلائق القانونية المختلطة (المشوبة بعنصر أجنبي) وانتشارها . ونستطيع تلمس هذا التدرج من العرض الآتي :

لو رجعنا الى زمان الرومانيين لوجدنا أنهم قد شرعوا قانونين : القانون المدنى الذي طبق على الرومانيين أبناء البلد ، أما الأجانب فقد شرعوا لهم قانوناً خاصاً بهم سمي قانون الشعوب . وحيث أن كلاً من هذين القانونين من وضع الدولة ويطبقان في إقليمها ، فلا مجال للقول بوجود تنازع القوانين لأن الخلاف والنزاع بين القانونين إن ظهر فهو تنازع بين قانونين داخلين تابعين لدولة واحدة بينما يتطلب التنازع بين القوانين تنازعاً بين قوانين دول مختلفة .

وعندما سمح في روما بأن يخضع الغرباء لقوانينهم الوطنية خصوصاً بالنسبة لعلاقاتهم العائلية ومسائل الميراث ، فتح بذلك الباب الى التنازع بين القانون الرومانى وقوانين الأجانب . وظهرت إثر ذلك فكرة شخصية القوانين التي بدأت

---

١ ـ Batiffol; 1959; 299.

٢ ـ دكتور منصور مصطفى منصور ، المذكور ، ص ١٩ .

تتجسم وتزداد شدة وتكثر في التطبيق بعد غزو القبائل الجرمانية للبلاد الرومانية حـاملة مـعـهـا قـوانينها الخاصة التي ترتبط بالسكان لا بالأقاليم . وكان القانون بالنسـبـة لهم قـانون الشـعـوب الذي يلزم مـلاحقة أفراده ومرافقتهم أينما كانوا وترتب على هذا المبـدأ ظهـور أنظمـة قـانونية مختلفة تتنازع لحكم علاقة قانونية مختلفـة بعناصرها ، والتجيء لحل التنازع إلى تبني قاعدة شخصية القوانين بصفة مطلقة . فالرومانيون طبق عليهم القانون الروماني . وكل شخص من هذه القبائل أخـضـعت علاقاته القانونية لقانون القبيلة التي ينتسب اليها . وبهذا الشكل طغت شـخـصـيـة القـوانين التي عـدمت وقـضت على كل تنازع بين القوانين ، ذلك لأن القـانون الواجب التطبـيق قد عين سلفاً بالقانون الشخصي ، ولم يظهر أي تسامح باحتمال تطبيق قانون آخر غيره .

وبقي نظام شـخـصـية القوانين سائداً حتى العصور الوسطى حيث ظهر نظام يغـايره ويخالفـه وهو الإقليمية المطلقة . وكان ذلك نتيجة حتمية لاستقرار القبائل الفاتحة وتركز النظام الإقطاعي وتمسك رئيس كل إقليم بسلطته الإقليمية التامة في إقليـمـه وفـرض أنظمـتـه على جميع الأشخاص المقيمين داخل حدوده بما في ذلك الأجـانب منهم . فلم يسـمح بتطبـيق قانون آخر غير القانون الإقليمي، واعتبر هذا القـانون في كل الأحـوال مختـصـاً وسارياً على جميع الأشخاص والأموال الموجودة في الإقليم كما كـان يحكم المعـامـلات المعـقـودة فيه أيضاً وبذلك لم تظهر مشكلة تنازع القوانين لأن تطبيق القانون الأجنبي لم يسمح به ابتداءاً .

ولم تظهـر قـواعـد تنازع القـوانين إلا في شمال ايطاليـا التي لم تعـرف النظام الإقطاعي إلا بشكل ظاهري، حـيث ظهـرت فـيـهـا جمهـوريات صـغيرة استهوت التـجـارة مـدنها الشماليـة، وتوافـرت فـيـها العوامل اللازمة لنشوء قواعد تنازع القوانين .

فـمن الناحـيـة السـيـاسـيـة لم يكن الإقطاع فـيها قوياً فقد أضعفته الحروب الصليـبـية التي ساهم بها الاقطاعيون . وأخذت هذه المدن استقلالها وتكونت فيها أنظمة محلية متعددة لا تخلو من اختلاف .

ومن الناحية الإقتصادية ، انتشرت العلاقات التجارية بين أبناء هذه المدن واعتمدوا عليها في تنمية ثرواتهم الاقتصادية ، وقد أدت الروابط التجارية المتشابكة بين المدن المختلفة الى إداركهم لضرورة خلق الثقة والإستقرار للعلاقات القانونية بقبول تطبيق بعض الأنظمة القانونية للمدن المجاورة كي يشجع ذلك زيادة العلاقات التجارية بين مدينة وأخرى .

وبالإضافة الى ما تقدم ، هناك عامل قانوني ساعد على قيام قواعد تنازع القوانين ونموها في ايطاليا وهو عدم وجود اختلاف أساسي بين الأنظمة القانونية التي تحكم المدن الايطالية آنذاك ، لأن أساس جميع هذه القوانين كان واحداً وهو القانون الروماني . وما دامت أسسها مشتركة فإن اختلافاتها كانت جزئية لا جوهرية ومن ثم صار يمكن قبول تطبيق قوانين مدينة في مدينة أخرى .

وقد أدى اجتماع هذه العوامل الى ظهور قواعد تنازع القوانين وعكوف العلماء الايطاليين على دراسة الحلول الواجبة التطبيق على هذا التنازع . ووجد هؤلاء أنفسهم أمام مبدأين : مبدأ شخصية القوانين ومبدأ إقليمية القوانين ولكل منهما عيوبه .

فمن مساوىء إقليمية القوانين عدم تحقيقه العدالة المتوخاة بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية لأن الأخذ به يؤدي الى عدم خضوعها (الأحوال الشخصية) لقانون واحد بل لقوانين تتعدد وفقاً لتغيير موطن الشخص . فهو قد يعتبر ذا أهلية وفقاً لقانون ما وقد لا تكون أهليته كاملةً بمقتضى قانون البلد الذي نقل اليه الشخص محل إقامته ، وبناءاً على ذلك فقد يكون زواجه صحيحاً في بلد ما بينما يعتبر باطلاً حسب قانون البلد الذي انتقل اليه . وهذا ما يؤدي الى الفوضى وعدم الإستقرار في العلاقات القانونية للأجنبي ، خاصة ما يتعلق منها بعلاقاته العائلية وأحواله الشخصية . وأمر خطير كهذا لايتفق مع ما تتطلبه العدالة من استقرار لمثل هذه العلاقات ولا يشجع على النتنقل والتعامل بين أبناء المدن المختلفة ويؤدي الى تقليص العلاقات التجارية بينها .

ولا يخلو الأخـذ بمـبدأ شخصية القوانين بصورة مطلقة من المساوىء والعيوب أيضـاً ، فـالأخـذ به يؤدي الى تكليف المدعي بمـلاحـقـة المدعى عليه والترافع أمام محكَمـة الدولة التي ينتـمي اليـهـا وعند تعـدد المدعى عليهم واختلاف جنسياتهم فـالأخـذ بهذا المبدأ يضطر المدعي الى إقامة الدعوى أمام محكمة كل منهم ، فتتعدد الدعاوى بموضوع واحد وقد تصدر أحكام مختلفة ومتبانية فيه .

وقـد دفعت هذه العيوب وغيرها الايطاليين الى التخلي عن مبدأ شخصية القوانين وإقليـمـيـة القوانين بصفة مطلقة والتفكير في إيجاد حل مشترك يطبق فيه كل مبدأ من هذين المبـدأين في الحدود التي يكون في تطبيقه نفع أكثر من الآخر أو على الأقل حين يكون تطبـيـقـه أقل ضرراً ، مـتـوخين في التـفـضيل والإختيار تحقيق العدالة واحترام الحقوق المكتسبة .

وقد لاحظوا بأن الوصول الى هذا الهدف لا يتم إلا بالأخذ بمبدأ إقليمية القوانين مستعينين في الوقت ذاته بمبدأ شخصية القوانين أي الأخذ بالإقليمية النسبية ولهذا الغـرض قـدمـوا عدة معايير تستند الى الإقليمية النسبية ثم تبنوا معايير تستند الى الشخصية النسبية ... الخ .

وَقـبل دراسـة النظريات المقترحة بهذا الشأن يجب التعرف على موقف الشريعة الإسـلامـيـة من فكرة تنازع القوانين بصورة عامة والانتقال الى مراحل تطورها في الأردن بصـورة خاصة حيث تسود الفكرة الإسلامية .

ينقـسم العالم بالنسبة لمفهوم القانون العام الإسلامي الى قسمين : دار الإسلام ويشـمل جميع الذين يخضـعـون للسلطة الإسـلامية ، ودار الحرب ويشمل من لا يخضعون لها . ومع الإعتراف بالدول الخاضعة لسلطة غير إسلامية وبقوانينها إلا أنها دول مـعـادية للسلطة الإسلامية ، لهذا لا يمكن أن يتصور تنازع قوانينها مع الشريعـة الإسـلامـية ، ولم يسمح بتطبيقها في دولة الإسلام . وبالتالي لا يمكن أن تتنازع مع القـوانين الإسـلامـيـة ولا تجد لها مجالاً في التطبيق في أرض إسلامية ، والقـاعـدة الأساسية أن الشريعة الإسلامية سارية على الجميع وتطبق على كل نزاع

يرفع الى القاضي المسلم ويدعم هذا الرأي ما جاء بكتاب الله المجيد :

«وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ..» وقوله : «وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك» وقوله تعالى : «أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكمًا لقوم يوقنون»(١) .

واستناداً الى ذلك يرى غالبية الشراح أن الشريعة الإسلامية تطبق إذا كان المتقاضيين مسلمين أو كان أحدهما مسلماً سواء أكان الآخر ذمياً أم حربياً ، ويكون نزاعهما من اختصاص القاضي المسلم معتمدين في ذلك على قوله تعالى :

«ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»(٢) .

وتمتد سيادة الشريعة الإسلامية فتشمل المسلم في دار الحرب طبقاً لما تقتضيه شخصية القوانين ، ويحول هذا دون تطبيق قانون آخر عليه .

وتطبق الشريعة الاسلامية ايضاً عند اختلاف ملة المتخاصمين غير المسلمين ، كأن يكون أحدهما مسيحياً والآخر يهودياً فيحكم نزاعهما بالشريعة الإسلامية .

أما إذا كانا من ملة واحدة فيرى البعض كالحنفية أن على القاضي المسلم المرفوع أمامه النزاع أن يطبق شريعتهم(٣) .

---

١ ـ سورة المائدة : الاية ٤٨ والاية ٤٩ والاية ٥٠ .
راجع الشرح في مجمع البيان في تفسير القرآن لمؤلفه الشيخ الطبرسي ـ المجلد الثالث والرابع ص ٢٠٣ : «عن ابن عباس قال : اذا ترافع اهل الكتاب الى الحكام يجب ان يحكموا بينهم بحكم القرآن وشريعة الاسلام لانه امر من الله بالحكم بينهم والامر يقضي الايجاب» .

٢ ـ سورة النساء الاية ١٤١ .

٣ ـ بينما يرى اخرون ان الامر لا يتعدى الاقرار لغير المسلمين بالعمل بشرائعهم . اما اذا طلب للقاضي المسلم الحكم وجب عليه الحكم بالشريعة الاسلامية وحدها . القانون الدولي الخاص العربي لسنة ١٩٦٠ ، ج٣ ص ٣٦ . للدكتور جابر جاد . د . عبد المنعم رياض ـ مبادىء القانون الدولي الخاص ص ٢٩٦ . Tyan P. 29

وقد وردت في كتب الفقه الإسلامي أحكام خاصة بغير المسلمين واختلاف الدارين وزواج غير المسلمين سلم فيها بما تقرره شرائعهم[1] .

يتضح مما تقدم أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القوانين . فالقاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الاسلامية ، ويمتنع عن قبول منافستها من قبل شريعة أخرى وهذا مانع من ظهور تنازع القوانين .

والشريعة الإسلامية في حالة ترك المسلم دار الإسلام الى دار الحرب تلحقه ويخضع لها دون غيرها ولا يسمح بتطبيق القانون الأجنبي عليه ، وهذا مانع من ظهور تنازع القوانين ايضاً [2] . ومن هذا يتضح أن الشريعة الإسلامية تعطي لنفسها في جميع الأحوال الغلبة مقدماً فينتفي بهذا أحد عناصر تنازع القوانين الا وهو افتراض التسامح بتطبيق القانون الأجنبي .

وفي الآونة الأخيرة لم تطبق المباديء الشرعية بكل دقة إذ تساهل حكام المسلمين مع المسيحيين الأجانب وسمحوا لهم بتطبيق قوانينهم للفصل في منازعاتهم ، وزادت الحكومة العثمانية هذا التساهل لارتباطها بمعاهدات مع الدول المسيحية منح بموجبها لرعايا تلك الدول بعض الامتيازات التي أجيز بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية على علاقاتهم[3] .

وعلى سبيل المثال كان العراق قد تعهد منذ سنة ١٩٢٤ بأن يسمح ، بمقتضى قانون خاص ، بتطبيق القوانين الأجنبية على الأجانب في العراق في مسائل الأحوال الشخصية وفي المواد المدنية والتجارية التي قضت العادة الدوليه بأن يطبق عليها قوانين بلاد أخرى ، ويطبق ذلك القانون بالكيفية التي تعين قانوناً .

---

١ ـ د. احمد مسلم ـ القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان) ص ١٥٦ ، بيروت ، ١٩٦٦ .

٢ ـ راجع وشاحي ، القانون الدولي الخاص ص ١٢٤ . جابر جاد تنازع القوانين ص ٤٤ ، القانون الدولي الخاص العربي ، ج٣ ص ٣٦ . حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، ص ١٦٥ ، حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص العراقي ، ص ١٨٧ .

٣ ـ حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، ص ١٧٣ .

وكـذلك قـد جـاء في القانون الأساسي العراقي الملغي والصادر في ٢١ آذار سنة ١٩٢٥ في المادة الرابعـة والسـبـعين منه ما يلي : «يشمل اختصاص المحاكم المدنية الامـور الحـقـوقـيـة والجـزائيـة والتـجارية وفقاً للقوانين المرعية ، إلا أنه في مواد الأحـوال الشخصية الخاصة بالأجانب وفي غير ذلك من المواد المدنية والتجارية التي جـرت العـادة الدوليـة على أن ينطبق عليها أحكام قانون دولة أجنبية يكون تطبيق القانون المذكور على طريقة تعين بقانون خاص» .

وبهذا النص يكون القـانون الأساسي الملغي قد أقر مبدأ تطبيق القانون الأجنبي بمقتضى القانون .

وقـد صـدرت في الاردن قـوانـين تـنـظم وتحـدد الحـالات التي يعطى فـيـهـا الاخـتـصـاص للقـانون الأجنبي ، وأهمهـا تلك القـواعـد الورادة في القانون المدنى والخاصة بالتطبيق المكانى للقانون[1] .

وقـبل الخـوض في تفـصيل القواعد القانونية الخاصة بتنازع القوانين في الأردن يـلزمنا العـودة الى الأزمنة السـابقـة لندرس النظريات المقترحـة آنذاك لحل تنازع القوانين .

فـقـد تعاقبت في ذلك عدة نظريات اشترك في بنائها علماء من دول مختلفة أريد منهـا الوصـول الى مـعيار علمي يمكن استخدامه في حل المنازعات المحتملة الوقوع بين قوانين دول مختلفة . وستكون هذه النظريات موضع بحثنا الآتي .

---

١ ـ القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، المواد المبتدأة من المادة ١١ والمنتهية في المادة ٢٩ .

المطلب الأول

النظريات القديمة

لقد ظهرت المدارس القديمة في إيطاليا وفرنسا وهولندا كالآتي :

أولا : نظرية الأحوال الإيطالية

مدرسة الحواشي

يرجع الفضل الى فقهاء شمال إيطاليا ، منذ نهاية القرن الثاني عشر ، في تكوين فكرة واضحة ودقيقة عن تنازع القوانين وفي تأسيس قواعد مناسبة لحله ، ما زال أكثرها ، منصوصاً عليه في القوانين الوضعية للدول المختلفة ومعمولاً بموجبها .

وكانت لهؤلاء الفقهاء مدرسة سميت بمدرسة الحواشي نسبة الى الطريقة التي انتهجوها في دراستهم لحل التنازع ، وهي التعليق على نصوص القانون الروماني بحواشي مقتضبة .

وَكانت نقطة البداية في دراسة فقهاء هذه المدرسة نصاً في مجموعة جستنيان وهو قاعدة الثالوث المقدس (Conctus Populus) ومضمون هذا النص أن «جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الأمبراطوري يلزمها اتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول» [1] وقد استند الى هذا النص الفقيه أكورس (Accurse) للقول بخضوع شعوب الأمبراطورية لا الى الديانة المسيحية فقط بل لقوانين الإمبراطورية أيضاً أينما كانوا حتى ولو تركوا الإمبراطورية الى الخارج فإنها تلاحقهم ، فالمواطن الذي يترك بولونيا الى مودان فإن أهليته لا تحكم بقانون المدينة التي حل بها بل يحتفظ بقانونه كاحتفاظ الروماني بديانته المسيحية[2] .

وعلى هذا المنوال وضع الفقهاء الحواشي على نصوص القانون الروماني لإيجاد

---

١ ـ جاء الثالوث المقدس في خطاب من الاباطرة جراسيان وفالنتاين وتيودور ، راجع فقرة ٢١٧ هامش ١٧ .

٢ ـ عبد الحميد عمر وشاحي : القانون الدولي الخاص ، ج١ ص ٨٣ ، بغداد : ١٩٦٠ .

قـواعـد تحل التنازع المحـتـمل بين قوانين المدن المختلفة . فتساءل أكورس مثلاً في تعليـقـه عن الشكل الذي يلزم به تنظيم وصية شخص بولوني يقطن مودان : هل يلزم تطبـيق الشكل القـانوني المنصـوص عليـه في القانون الشخصي ، أي القانون البـولوني ، أو الإقليـمي ، أي قانون البلد الذي وقع فيه التصرف القانوني (قانون مودان)؟ .

وأجـاب بإعطاء هذا الاخـتـصاص الى قانون المحل الذي تعمل فيه الوصية وهو هنا قـانون مـودان ، ذلك لأنه يعطي الأفـراد اليـقين بقـدرتهم على إجراء تصرفات قـانونية صحيحة في أي بلد كان (١) ، وبهذا فـقد أخضع فقهاء هذه المدرسة شكل التصرف لقـانون محل إبرامـه فأنشأوا ولأول مـرة قـاعدة خضوع شكل التصرف لقـانون محل إجرائه (Rigit Actum) . وأخـضـعوا العقد لقانون بلد إبرامه معللين ذلك على أن المتـعـاقـدين يعتبران قد رضيا ضمناً بتطبيق هذا القانون (٢) غير أنهم أعطوا قـاعـدة خضوع العقد لمحل إبرامه صفة الإلزام ولم يجعلوها إختيارية يمكن للافـراد الإتفـاق على خـلافـهـا . وأعطي لهذه القـاعدة تطبيق أوسع فبدلاً من أن تقـتصر على الناحـيـة الشكلية للعقد إعتبرها المعلقون تشمل انعقاد العقد من ناحية الشك ومن ناحـيـة الموضع أيضـاً ، أي أن العـقـد قـد أخـضـعت شروطه الشكلية والموضوعية لقانون البلد الذي أنعقد فيه .

وقد وجه النقد لمؤلفي هذه النظرية إتباعهم طريقة أساسها وضع حلول لحالات خاصة مستعصية ، دون أن يلتزموا مقدماً بمبدأ عام يخرجون عليه الحلول .

كما تعـوز مـعـيـارهم الدقة ، ذلك لأن الحلول التي قدموها كان أساسها هدى العـقل والعـدالة وحـاجة المعاملات ، ومعيار كهذا تنقصه الدقة والتحديد يؤدي الى اختلاف وجهات النظر وإلى تباين في الحلول كان من شأنه أن باعد هؤلاء الفقهاء بين النصـوص ومـعـانيها ، إذا حملوها أكثر مما تحتمل فضعفت نظريتهم وعزف عنها .

---

١ ـ Cremieu C.D.I.P. 1958 page 116 .

٢ ـ راجع Batiffol ١٩٦٧ ، فقرة ٢١٧ .

ثانياً : نظرية الأحوال الفرنسية

نهجت نظرية الأحوال الفرنسية الطريقة التي سار عليها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة ، ولم تكتسب هذه النظرية طابعها الخاص إلا في القرن السادس عشر حيث قدم ديمولان نظريته التي تقسم الأحوال (القوانين) ذاتها الى عينية وشخصية وذلك بطريقة ثانوية ، واعتبرها دار جنتريه ، التقسيم الرئيسي وكانت نقطة البداية هذه هي التي باعدت بينه وبين المدرسة الإيطالية ، والتي على أساسها أشاد نظريته .

والقاعدة بالنسبة لهذه النظرية هي أن القانون الإقليمي هو الأصل ويطبق القانون الشخصي بإستثناء وبهذا حلت إقليمية القوانين النسبية محل إقليمية القوانين المطلقة .

ولتحديد مجال تطبيق إقليمية والقوانين وشخصيتها يذهب أنصار هذه النظرية الى تقسيم الأحوال ذاتها إلى الأحوال العينية وهي الأصل والأحوال الشخصية والأحوال المختلطة .

فأدخل في الأحوال العينية كل تصرف يتعلق بالأرض كالعقد والوصية وسائر التصرفات الأخرى، وكل نزاع متعلق بها يكون محكوماً بقانون الإقليم أي قانون البلد الواقعة فيه هذه العقارات فهي بهذا إقليمية .

أما الأحوال الشخصية فقد أدخلت فيها العلاقات القانونية التي يكون موضوعها المباشر الاشخاص كالعلاقات العائلية والشخصية كالأسم والموطن والزواج والنبوة والأهلية العامة (كالقواعد التي تعتبر الشخص قاصراً أو رشيداً والخاصة بعوارض الأهلية) وكل نزاع يتعلق بمثل هذه العلاقات يحكم بالقانون الشخصي، الذي يتعين ويتحدد بقانون السكن الحالي للشخص (أي قانون الموطن). وأدخلت في هذا الصنف العلاقات التي موضوعها المنقولات ، لأنها قابلة للنقل فيجب ردها الى رابطة مكانية ثابتة نسبياً ويتم ذلك بربطها بشخص مالكها. ولهذا فقد أخضعت أيضاً الى قانون موطن المالك . ويرجع السبب في تفضيل قانون

السكن (قانون الموطن) وترجيحه على القانون الوطني الى الفكرة السائدة والمهيمنة آنذاك وهي فكرة الإقطاع التي تعير أهمية كبرى للصلة المكانية التي تربط الشخص بالأرض والتي تتحقق بسكن الشخص في إقليم معين .

وواجهت أصحاب هذه النظرية صعوبة في استخدام هذا التقسيم الثنائي في معرفة القواعد التي تحكم كل من الاهلية الخاصة بالتصرفات العينية لتعلقها بالعقار والاهلية في آن واحد وكذلك فيما يتعلق بشكل العقد وتنفيذ الأحكام الأجنبية اذ لا يمكن ضمها لا للأحوال العينية ولا للأحوال الشخصية .

يتضح مما تقدم عدم كفاية التقسيم الثنائي السالف الذكر لتحديد نوعية العلاقة وما إذا كانت عينية أو شخصية .

وأمام الصعوبات المتولدة من عدم إمكان إعطاء الاختصاص في مثل هذه العلاقات للقوانين الشخصية أو العينية ، إضطر واضعوا هذه النظرية الى ابتداع صنف ثالث من القوانين أطلق عليه الأحوال المختلطة ضموا إليه جميع العلاقات القانونية التي يشك في طبيعتها القانونية أو التي تتصل بالأحوال العينية والشخصية في آن واحد، وأخضعوا النزاع المتعلق فيها الى الأحوال العينية ومن ثم فهي إقليمية لأن أقليمية القوانين بالنسبة اليهم هي الأصل . وبناء على ذلك أسند الاختصاص الى قانون المحل الذي وقع فيه الجرم، كما أعطى - قانون المحل الذي جرى فيه التصرف - الاختصاص في حكم شكل التصرف .

منافع هذه النظرية ومحاذيرها :

لاقت هذه النظرية نجاحا كبيراً في جميع أنحاء أوروبا بالنظر لصدورها وانبعاثها عن فكرة مناوأة الإقطاع المهيمن آنذاك .

وقد قدمت بعض المنافع، ولها يعود الفضل في الابتداء في وضع معيار عام تبنى عليه الحلول بدلاً من التفكير والبحث في حلول خاصة لحالات مستعصية كل على انفراد. غير ان هناك عيوب ادت إلى إهمال هذه النظرية، فقد ظهر عملياً عدم كفاية المعيار الذي وضعه أصحاب هذه النظرية وهذا ما اعترف به واضعوا النظرية

أنفسهم بالتجائهم الى تصور صنف ثالث للقوانين وهو القوانين المختلطة لاستحالة استخدام التقسيم الثنائي عينية القوانين وشخصيتها ، في ضم جميع العلاقات القانونية اليه . ومع ذلك فإن هذا التقسيم الثلاثي لم يقوم هذه النظرية .

ثالثاً : النظرية الهولندية وفكرة المجاملة الدولية

تأثر الكتاب الهولنديون بنظرية الأحوال الفرنسية فهم كمؤلفي نظرية الأحوال الفرنسية قالوا بتقسيم العلاقات القانونية الى ثلاثة أصناف : الأحوال العينية وتحكم بالقانون الشخصي الذي يتحدد بقانون الموطن والأحوال المختلطة ويسري عليها القانون الإقليمي .

وقد أنكر واضعوا هذه النظرية الصفة الإلزامية لقواعد تنازع القوانين لأن قانون كل دولة ـ عندهم ـ لا يكون له أثر خارج حدود إقليمها (١) والدولة صاحبة السيادة على إقليمها تشرع القانون الواجب التطبيق ، ومن مظاهر سيادة الدولة إحترام قوانينها بإلزام القاضي بتطبيق قانونه لا القانون الأجنبي . ولا يسمح ، بمقتضى هذه النظرية بتطبيق القانون الأجنبي إلا في أحوال إستثنائية وعلى أساس فكرة المجاملة الدولية ، التي يعود تقديرها للقاضي أو المشرع الوطني .

مزايا هذه النظرية ومساوئها :

لقد فاقت نظرية المجاملة الدولية النظرية السابقة لها بإبرازها الطابع الدولي لموضوع تنازع القوانين . فلم يعمل واضعوها على إيجاد حلول للتنازع الداخلي (تنازع الأحوال) كالإيطاليين الذين كرسوا جهودهم في حل التنازع بين قوانين المدن، والفرنسيين الذين وضعوا الحلول للتنازع القائم بين قوانين المقاطعات وأنظمتها، بل عالجوا تنازع القوانين في صورته الدولية بالإضافة إلى معالجة التنازع المحلي وجعلوا نظريتهم قائمة على وضع حلول التنازع بين قوانين الدول . ومع هذا التقدم الذي أحرزته هذه النظرية ، وهو نقل دراسة موضوع التنازع من

---

١ ـ راجع حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، فقرة ٨٤ ، ١٩٤١ .

الميدان الداخلي الى الميدان الدولي ، فإنها تعرضت للإنتقاد .

فـهي تنكر الصـفـة العلمية لقواعد تنازع القوانين ، وترفض الاعتراف لها بقوة الإلزام ، لأن أسـاس تطبـيق القـانون الأجنبي ـ طبقاً لهذه النظرية ـ لا يخرج عن مجرد المجـاملة ، إذ ليس هناك إلزام من القانون الدولي ولا ضرورة قانونية تخضع الدولة ومحاكـمـهـا للعمل بقوانين الدول الأخرى في حين أن غيرهم إستند الى مبدأ العدالة والقانون الطبيعي وهما أكثر إلزاماً .

المطلب الثاني

النظريات الحديثة

ظهرت مدارس حديثة منذ بداية القرن التاسع عشر وهي المدرسة الإيطالية والمدرسة الألمانية والمدرسة الفرنسية ونشرحها بما يلي : -

أولا : النظرية الإيطالية الحديثة

نظرية شخصية القوانين النسبية

وكانت هذه النظرية فقهاً جديداً في تنازع القوانين يتميز عن نظريتي الأحوال و المجاملة ، إذ أنها منبثقة عن فكرة أكثر تحرراً .

فهي تعكس التعبير الذي أوردته النظريات السابقة ، بتقديمها بدلاً من إقليمية القوانين معياراً آخر لحل التنازع ، يقوم على الأخذ بشخصية القوانين فالقانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدولة التي ينتسب إليها الأشخاص أطراف العلاقة ، وشخصية القوانين بالنسبة لهذه النظرية هي الأصل ولا يؤخذ بقانون غير القانون الشخصي إلا في حالات إستثنائية وبهذا يمكن القول بأنها تأخذ بشخصية القوانين النسبية .

ولا يتعين القانون الشخصي بقانون الموطن كما ذهبت الى ذلك بعض النظريات السابقة بل يتحدد بالقانون الوطني للشخص الذي يخصه موضوع النزاع ، لأن القانون الوطني أكثر تكيفاً مع تقاليد الشعب وأخلاقه وحاجاته من ناحية ، وأكثر استقراراً وثباتاً من قانون الموطن الذي ينقصه الثبات من ناحية أخرى . واستناداً الى ما سبق يعطي ما نشيني الاختصاص اعتيادياً الى القانون الوطني وينادي بملاحقته للشخص الوطني أينما وجد .

وإذا كان القانون الشخصي مختصاً بحل تنازع القوانين بصورة اعتيادية فلا يعني أن اختصاص هذا القانون شامل لا استثناء فيه بل على العكس من ذلك هناك

استـثناءات على القـاعـدة فـرضتها ضرورة الدفاع عن مصلحة المجتمع وحاجات التـجـارة ، وهـي : القـوانين التي تعـتبر من النظام العـام وتلك التي يتـفق أطراف العـلاقـة على اختـيـارها . وكذلك قانون محل إجراء التصرف فهو المختص بحكم الشكل .

ومع هذا التـقـدم الذي أحـرزته هذه النظرية فإنها لم تسلم من النقد . فالقول بأن سـيـادة الدولة شـخـصية قبل كل شيء وإن السيادة الإقليمية تابعة للسيادة الشـخـصـيـة لا يتـفق مع نظام الدولة في العصر الحاضر ، لأن الدولة إنما تباشر السـيـادتين الشـخـصـيـة والإقليمية سواء بسواء وتجاهل ما للأقليم من أهمية في وضع القواعد القانونية لا يتفق مع واقع الحال .

إن مبدأ شخصية القوانين لا يمكن أن تأخذ به جميع الدول فإذا كان من صالح إيطاليا المزدحمة بالسكان ـ وقد هاجر الكثير من أبنائها ـ الأخذ به لتجد لقوانينها تطبـيـقـاً خـارج إقليـمها ، فلا يمكن أن تعتبر شخصية القوانين من صالح الدول المهـاجـر اليـهـا حين تجد قوانين أجنبية تزاحم قوانين وطنية يكون ذلك عائقاً عن تشـبـيـه المهاجرين إليها بالوطنيين والوسط الذي هم فيه عن طريق تطبيق قواعد قـانونية واحدة عليهم جميعاً . وقد خلت هذه النظرية من أية قاعدة تشير الى الحل الواجب الاتبـاع عند قـيام التنازع بين أفراد من جنسيات مختلفة ، كما لو ثار نزاع بشأن شروط الزواج أو آثاره وكـانت جنسـيـة الزوجة تختلف عن جنسية زوجها فـهل يكون القـانون الشـخصي الواجب الاتبـاع قانون الزوج أم قانون الزوجة ؟ ، النظرية تلتزم السكوت في هذا الصدد .

وهناك انتـقـاد آخـر يتـعلق بالاسـتـثناءات التي تخرج على النظرية ، لأنها من الكثـرة بحيث تكاد تطغى على الأصل . وبالتالي فلا يوجد ثمة ما يدعو للقول بأنها استثناءات والأفضل أن تعد قواعد عامة .

وقـد أدت هذه الإنتقادات الى زعزعة مركز هذه النظرية وتقليل ثقة الفقهاء فيها ولم تفلح في أن تنال النجاح التام .

ثانياً : النظرية الألمانية

وتقـوم هذه النظرية على أسسس تختلف تمام الإختلاف عن الأسس التي قامت عليـهـا النظريات السـابقة . فهي لا تعول على تقسيم القوانين الى عينية وشخصية ولا على نظرية الأحـوال نفـسـهـا بل على أسـاس آخـر هو أن العـلاقات القانونية مـتعددة ومختلفة لا تخضـع لمثل هذا التقسيم فقط ، ومن ثم فإن تنازع القوانين لا يقـودنا بالضرورة الى الاخـتيار بين القانون الإقليمي أو القانون الشخـصي وانما قد يستلزم اعطاء الاختصاص لقانون آخر كقانون محل التنفيذ أو محل السكن...الخ.

ولا يتـفق سـافيني ـ مؤسس هذه النظرية ـ مع من يدعي بأن الدولة عند تطبيقها القـانون الأجنبي في إقليمها انما تعمل ذلك مدفوعة بروح التسامح وبناء على فكرة المجـاملة الدولية بل أنها ـ بالنسبة اليه ـ تعمل ذلك بمقتضى التزام دولي . فالدول لها مصالح متبادلة وغايات مشتركة . منها تحقيق العدالة . فالعداله هدف مشترك تعـمل جميع الدول الى تحـقـيـقها ، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية الا بالتعاون فيما بينهـا عن طريق قـبـول الواحـدة منهـا تطبيق قوانين الأخرى كلما اقتضت العدالة ذلك.

ويذهب سـافـيني الى البـدء بتـحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع للتعرف على طبيعتها بغية تحديد مركزها لاسنادها الى نظام قانوني يلائمها ويتفق وطبـيـعتها ولمعرفة هذا النظام القانوني يبحث سافيني عن الإقليم الذي تدخل فيه العـلاقـة بحـسب طبيعتها . فو يزعم أن لكل علاقة قانونية موطنا أو محلاً ترتكز عليـه ، كـالأشـخـاص تماماً ، فيجب البحث عن هذا المحل وبالتالي إخضـاع العلاقة لقـانون هذا المحل . ولكن كـيف يتم التـعـرف على المحل أو الدائرة القانونية الذي تدخل فـيه العلاقة بحسب طبيعتها ؟ يقترح سافيني معياراً يستند الى ثلاثة عوامل وهي القانون الطبيعي والمركز القانوني للعلاقة القانونية والخضوع الإرادي .

فالقواعد التي تحكم الشخص يعطى فيها الاختصاص الى قانون المركز القانوني للشـخص وهو قـانون موطنه . فقانون الموطن يحدد حالة الشخص هل هو رشيد أم قـاصر. أما العلاقات التي يرتبط بها الشخص فإن تركيزها يتم بمقتضى طبيعة العـلاقـة القانونية فالالتزامات التعاقدية تخضـع لمكان تنفيذها والالتزامات الناشئة

عن الأفعال فتخضع لمكان وقوع الفعل . والعلاقة التي يكون موضوعها شيئاً منقولاً أم عقاراً فلمكان موقع الشيء . وأخيراً في مقدور أطراف العلاقة إختيار مركز العلاقة القانونية بإرادتهم واختيارهم .

ثالثاً : النظرية الفرنسية الحديثة

طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها

تأسست هذه المدرسة في فرنسا في نهاية القرن التاسع عشر ، وأنشأها الفقيه بيليه Pillet ، الذي يرفض أن يجعل من شخصية أو من أقليمية القوانين قاعدة لحل التنازع .

يرى بيليه أن حل التنازع يتم عن طريق الكشف عن الغرض الإجتماعي الذي يهدف اليه القانون ، فلكل قانون غرض اجتماعي يرمي الى تحقيقه. وهو حماية الفرد او المجتمع.

ويتم التوصل الى تحقيق هدف القانون بتغليب احدى صفتيه (الاستمرارية والعموم).

تقضي استمرارية القانون بأن يطبق القانون من اول نشره الى حين الغائه فالقانون الذي شرع لحماية القاصرين مثلا يسرى عليهم منذ ميلادهم الى حين بلوغهم سن الرشد وهو يطبق عليهم اينما كانوا حتى لو كانوا في الخارج.

وتفرض صفة العموم للقانون بتطبيقه على كافة الاشخاص الخاضعين لسلطة الدولة والموجودين على اقليمها.

ولا يمكن ان تحتفظ القوانين من الوجهة الدولية بهاتين الصفتين ـ العموم والاستمرار ـ صفة العموم لقانون البلد الذي حل فيه وصفة الاستمرار لقانون جنسيته فاذا كان احد الاشخاص وهو في سن التاسعة عشر من عمره يعتبر رشيدا وفقا لقانون جنسيته فانه اذا ما حل في بلد يعتبر قانونه سن الرشد احدى وعشرين سنة فانه والحالة هذه سيعتبر بالغا سن الرشد وغير بالغ سن الرشد في

الوقت ذاته. ولا بد من التضحية بأحدى الصفتين أما صفة العموم لقانون البلد الذي تواجد فيه او صفة الاستمرار لقانون جنسيته. ولكن كيف تتم هذه التضحية؟

يدعو بيليه الى التمسك بالغرض من القانون. فإذا كان هدف القانون الحماية الفردية أو العائلية فيقتضى تغليب صفة الاستمرار بتطبيق القانون الشخصي ، اما اذا كان الهدف من القانون هو حماية المجتمع فلا يتحقق هذا الهدف الا بتغليب صفة الاستمرار ويتم ذلك بتطبيق القانون المحلي على جميع العلاقات القانونية داخل الدولة .

وقد لا يكون من السهل تعيين من أراد القانون حمايته مباشرة ، فنلجأ عندئذ لوسيلة تقوم على معرفة من يضره عدم تطبيق القانون أكثر من غيره . الفرد أو المجتمع . ففي القوانين العقارية مثلاً إذا لم يكن تطبيقها عاماً فإن المجموع هو الذي يضار بفقدان نظام عقاري عام في كل أنحاء البلاد وحينئذٍ يجب أن تكون هذه القوانين أقليمية وتفضل صفة العموم على صفة الاستمرار للقوانين الأجنبية .

ويضيف أنصار هذه النظرية الى ذلك بأن المحكمة المرفوع أمامها النزاع يلزمها لحل هذا النزاع أن تمر بمرحلتين . المرحلة الأولى تقوم فيها بعملية تكييف العلاقة القانونية وهذا من اختصاص القانون الوطني والمرحلة الثانية تقوم فيها بعملية الإسناد أي تختار وتفضل أحد القوانين المتنازعة إذا ما تظهر أنه أكثر ملائمة والهدف الاجتماعي الذي استخلصته .

الحقوق المكتسبة : Droit Acquis

عكفت نظرية بيليه على معرفة القانون الذي يحكم الحقوق التي هي في طريق التكوين . أما الحقوق المكتسبة فعلاً فلا تثير ـ بمقتضى هذه النظرية ـ تنازعاً بين القوانين ويجب احترامها في الدول الأخرى ما دامت قد نشأت صحيحة وفقاً للدولة التي تم اكتسابها فيها. كما لو تزوج مسلمان في بلدهما وفقاً للشريعة الإسلامية أمكن لهما الاحتجاج بآثار الزواج في بلد آخر بصرف النظر عن شروط صحة الزواج في قانون هذا البلد .

أمـا إذا نشـأ الحق وفي أصله عنصر أجنبي وأريد الاحتجاج به في دولة غير التي نشأ فيـهـا ، فـيـجب لاحترام هذا الحق أن يكون قـد ولد صـحيحاً وفقاً للقانون المخـتص الذي تحـدده قـواعـد الاسناد في الدولة التي يراد الاحتجاج بها بآثار هذا الحق .

ويقيد بيليه الاحتجاج بالحق المكتسب بقيدين :

١ ـ أن يكون الحق المراد التـمـسك به معترفاً به في قانون الدولة التي يراد التمسك بالحق فـيـها . كحق الملكية الأدبية الذي نشأ في دولة ما ، لا يمكن التمسك به في دولة لا تنظم هذا الحق .

٢ ـ أن لا يكون الحق مخالفـاً للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك بآثار الحق فيها .

نقد النظرية :

مع النجاح الذي أحرزته هذه النظرية فإنه لم تسلم من النقد .

فـيـلاحظ على بيليه إخراجه فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة من موضوع التنازع ، في حين أن المسألة لا تعـدو أن تكون مـسألة تنازع القـوانين لأن التمسك بالحق يسـتلزم أن يكون قـد ولد صـحـيـحـاً وفقاً للقانون المختص . فما هو هذا القانون ؟ إن هذا بحد ذاته يثير تنازعاً .

ويلاحظ على هذه النظرية أنها توقـعنا في صـعـوبة مـعرفة ما إذا كان القانون مـسـتـمـراً أو عـامـاً كما هو الحـال عند التنازع الخاص بالجنسية في حالة تعدد جنسيات الشخص .

و أهم نقد وجه اليها هو صعوبة معرفة الغرض الاجتماعي من القانون . فأكثر القـوانين إن لم تكن كلهـا تهدف الى منفـعـة الفرد والمجتمع في وقت واحد ومن ثم الصـعوبة بمكان تمييز بعضـها عن بعض والقول بأن هذه غرضـها حماية المجتمع، وتلك هدفها حماية الفرد[١] .

١ ـ Batiffol. D.I.P. 1959, page 281.

الفصل الثاني

الأسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين

الإسناد

لم تعد أية نظرية من النظريات المقترحة لتصبح معياراً عالمياً يصار إليه لحل التنازع بين قوانين الدول المختلفة وبناء على ذلك اتجه أكثر الفقهاء نحو الوضعية الخاصة في حل تنازع القوانين فأكثر حلول التنازع توضع من كل دولة بتدخل المشرع الوطني بوضع قواعد تنازع القوانين والتي يطلق عليها قواعد إسناد . وتتميز قواعد الإسناد بأنها وعن طريق ضوابط أو ظروف معينة تشير الى القانون الواجب التطبيق . أي أنها تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي الى قانون ما (قد يكون وطنياً أو أجنبياً) تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع .

وقواعد الإسناد هذه غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع ، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقات دولية . ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع الى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه .

وقد ظهرت في السنين الأخيرة قواعد تشريعية مشتركة اتفقت عليها عدة دول لتحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على شكل قواعد إسناد او قواعد موضوعية .

فتتجه الاولى الى توحيد قواعد تنازع القوانين بالاتفاق على تبني قواعد اسناد موحدة ليعلم اصحاب الشأن مقدماً اي قانون يحكم علاقتهم القانونية .

وَتهدف الاخرى الى الاتفاق على قواعد تشريعية مشتركة توحد بموجبها الاحكام الموضوعية بالنسبة لمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص كالاتفاقات التي ابرمت في مجال التجارة الدولية وفي الملكية الادبية والفنية والنقل البري والبحري (كاتفاقية فينا ١٩٨٠) وان اعمال قواعد الاسناد وكذلك تطبيق القواعد التشريعية

يتطلب ابتداء التعرف على طبيعة العلاقة القانونية لتحديد قاعدة الاسناد التي بمقتضاها يستطيع القاضي أن يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ليحكمها موضوعياً .

فوظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على تقرير مبدأ اخضاع كل مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون يتم تعينه بمقتضى ضابط أطلق عليه ضابط الإسناد .

وقد صيغت قواعد الإسناد بالشكل الآتي فالأهلية مثلاً يعطى فيها الاختصاص الى قانون الجنسية وشكل التصرف يخضع لقانون محل إبرامه والعقود الى محل إبرامها ... الخ .

نفهم من صيغ قواعد الإسناد بالشكل المار الذكر بأن كل قاعدة من قواعد الإسناد يوكل لها صنف معين من العلاقات القانونية يتعين بظرف إسناد لذا فإن الأخذ بقاعدة الإسناد. هذه أو تلك يتطلب تحري حقيقة المسألة المعروضة أي معرفة طبيعتها أو لأي صنف تنتمي حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد وتحديد المجموعة أو الصنف الذي تنتمي اليه العلاقة موضع النزاع يثير ما يطلق عليه بالتكيف ، والقاضي لا بد وأن يبدأ في تحديد مفهوم العلاقة موضوع النزاع أي تكيفها والتكيف لا شك سيخلق نوعاً جديداً من التنازع لاختلاف المفاهيم القانونية للدول التي تعنيها العلاقة ، وحل هذا النوع الجديد من التنازع يكون بالأخذ بمفهوم أحد القوانين ، فما هو القانون الذي يوكل اليه الاختصاص في التكييف ؟ هل هو قانون القاضي ؟

وإذا ما انتهت عملية التكييف وكشف عن المجموع التي تنتمي اليها العلاقة القانونية وتم بمساعدة قاعدة الإسناد تعيين القانون الواجب التطبيق فالأمر لا ينتهي عند هذا ، إذ من المحتمل أن تثور مشكلة أخرى تتعلق بتحديد نطاق القانون المختص ، فهل يقتصر تطبيقه على القواعد الموضوعية له ؟ ، أم أن اختصاصه يمتد الى قواعد تنازع القوانين ايضاً ؟ ، فلو فرض أن قاعدة الإسناد الوطنية تعطي الاختصاص في المسألة المتنازع فيها الى قانون موقع المال بينما

تخضـعها قاعدة الإسناد في قانون موقع المال الى قانون محل انعقاد العقد فإن هذا يؤدي الى إثارة تنازع بين قـواعـد الإسناد لكلا القـانونين الامـر الذي يقتضي انهاء هذا التنازع وتعـيين القـانون المخـتص ، ولكن كيف يكون ذلك ؟ فهل يعمل قواعد الإسناد للقـانون الوطني فـقط ام يعـمل بقواعد الإسناد للقوانين الأخرى ؟ هذا ما سنبحثه في المسألة الثانية والتي أطلق عليها الإحالة .

وإذا مـا انتـهـينا من هذا الأمـر وذاك واستطعنا تعيين القانون الواجب التطبيق بعد حل مشكلتي التكييف والإحالة فقد يعرض ما يمنع العمل بهذا القانون لوجود مـانع يقضي باستبعاد القانون الأجنبي كأن يكون منافياً لمقتضيات النظام العام في بلد القـاضي أو كأن يكون الاخـتـصـاص فـيه قد جاء نتيجة غش أو تحايل أو أن تطبيقه يتعارض مع المصلحة الوطنية .

ولا تنتـهي الصـعـاب عند هذا الحـد بل ترافقها وتلازمها مشكلة أخرى تتعلق بالبحث عن القانون الأجنبي وكيفية تحديده وتفسيره وتطبيقه واحتمال تغييره .

فـجميع هذه المسائل : التكييف والإحالة وموانع تطبيق القانون الأجنبي وكيفية تحـديد وتطبـيق القـانون الأجنبي يلزم معالجتها ليتيسر لنا حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بموجب القواعد الموضوعية للقانون المختص وسيقتصر بحثنا في هذا الفـصل على المسائل التي يتطلبها تطبيق قواعد تنازع القوانين وهي التكييف والإحـالة، أما حالات تطبيق القانون الأجنبي وما تثيره من مشاكل فسيكون بحثنا في فصول تالية .

المبحث الأول

التكييف La Qualification

إن عملية اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الى القانون المختص والذي تحدده قواعد تنازع القوانين ، تستلزم قبل كل شيء تكييف تلك العلاقة موضوع النزاع . ذلك لأن قواعد تنازع القوانين (قواعد الأسناد) لا تضع الحلول لكل مسألة من المسائل ، بل إنها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية ، فهي تقضي مثلاً بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد تحريره ، وأن الأهلية تخضع لقانون الجنسية ، وأن قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته .. الخ .

فإذا ما اردنا تطبيق هذه القواعد واستخدامها لتحديد القانون المختص في حكم العلاقة القانونية موضوع النزاع ، فيلزم قبل كل شيء أن نعرف ما إذا كانت العلاقة المختلف بشأنها هي من مسائل الاهلية فنعطي فيها الاختصاص الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص ، أما اذا كانت من مسائل اشكال التصرف فنخضعها لقانون البلد الذي تمت فيه . وما اذا كان النزاع ينصب على الميراث فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون المتوفى .. الخ .

فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردها لنظام قانوني معين مسألة أساسية يجب حلها اولاً وقبل كل شيء . وتسمى عملية التحديد هذه بالتكييف[1] .

والتكييف بحد ذاته لم يكن مسألة قانونية خاصة بالقانون الدولي الخاص ، بل

---

١ - الدكتور عز الدين عبد الله (التكييف قد ينصب على واقعة معينة كحادثة يراد معرفة ما اذا كانت تكون عملاً مادياً ضاراً ام لا تكونه ، كما انه قد ينصب على مسألة قانونية كحق الحضانة يراد معرفة ما اذا كان اثراً من آثار الزواج ام من اثار الطلاق ام انه يقع في نطاق الولاية على النفس .

وقد يتناول التكييف قاعدة موضوعية مثل تكييف القاعدة التي تحظر اجراء الوصية بالشكل العرفي الخطي اهي تتعلق بشكل الوصية ام تتعلق باهلية الموصي) القانون الدولي الخاص ، الطبعة السادسة ، تنازع القوانين ، ص ١١٤ .

إن وجـوده عـام وفي جميع فـروع القـانون ، ولا سيما في القانون الداخلي . ولكنه متى ما ظهر في الميدان الدولي فإنه يثير تنازعاً ، آخر في موضوع التكييف ينشأ بين قـوانين الدول التي يعنيها الأمر . وحتى لو كانت قواعد الاسناد لهذه الدول واحدة ولا خـلاف بينها فإنه لا مفر من ظهور التنازع بشأن التكييف ويعود هذا التنازع لاخـتـلاف المفـاهيم القـانونيـة من دولة لأخـرى . فإخـضـاع الأهلية مثلاً لقانون الجنسية في كل القوانين المتنازعة في حكم العلاقة القانونية لا يعدم التنازع بينها في مـوضع التكيـيف . فـعلى الرغم من اشتراك القـانون الفـرنسي والقانون الهولندي بإخـضـاع شكل العـقـد الى قـانون بلد تحريره وإخضاع أهلية أطراف العلاقة الى قـانون جنسـيـتهم ، فقد ظهر تنازع وخلاف في تكييف علاقة قانونية لا تخرج في موضوعها عن أحد هذين الموضوعين : الأهلية وشكل التصرف .

فلقـد أثار ورثة هولنديون أمـام المحـاكم الفرنسية نزاعاً يتعلق بوصية حررها هولندي في فـرنسـا بالشكل العـرفي (أي انها كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعاً عليها بخط يد المتوفى) ، الا أنها كانت غير موثقة رسمياً كما يشترط القانون الهولندي ، طعنوا فـيه بعدم صحة هذه الوصية لمخالفتها للمادة ٩٩٢ من القانون الهولندي ، التي تمنع الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية بكتابتها بخط الموصي .

وتختلف النتـيـجة باختلاف الوصف القانوني للمسألة . فإن كان الحظر المقرر في القـانون الهولندي يتـعلق فـرض شكل مـعين لاجراء الوصية فإن النزاع ينصب على شكل الوصـيـة ، وعندئذ يخضـعـه كلا القانونين الفرنسي والهولندي للقانون المحلي ، وهو في هذه الحالة القانون الفرنسي الذي يعتبر مثل هذه الوصية صحيحة، في حـين أن هذا الحظر لو كـان يرمي الى حماية أهليـة الموصي فإن النزاع والحـالة هذه ينصب على الأهليـة ولا يعـود الإختصاص فيه الى قانون إجراء الوصية بل الى قـانون جنسـية الموصي وهو هنا القانون الهولندي وعندئذ تعتبر مثل هذه الوصية بـاطلة وهكذا ومع تشـابه قـواعـد الاسناد في هـاتين الدولتين فـقـد تبـاين الحكم لاختلاف المفاهيم القانونية في هذا الموضوع .

يتضح مما تقدم أن للتكييف أثرا مهما في تعيين القانون الواجب التطبيق، لأنه الوسيلة الأساسية في اختيار قاعدة الإسناد وكل اختلاف فيه يجر إلى اختيار قاعدة إسناد دون أخرى ومن ثم تطبيق أحكام قانون دون الآخر. وتظهر لنا أهمية التكييف هذه بسبب اختلاف مفاهيمه من بلد لآخر. إذ ليس هناك أساس موحد في جميع الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة. والاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية يجر إلى اختلاف في اختيار قاعدة الأسناد ومن ثم إلى اختلاف في الحلول الواجب اتباعها .

فالتكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانوني معين .

ولكن وفقا لأي قانون يجب أن يتم التكييف؟.. أبمقتضى قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أم بمقتضى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية أم بمقتضى قانون آخر ؟؟

اقترحت لهذا الغرض أنظمة مختلفة ، كل منها يسند التكييف لقانون معين وهي : -

١ - النظام الأول :

يعطي بموجبه الاختصاص في التكييف للقانون المقارن. ويقتضي هذا النظام بحل التنازع الناشيء بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية وذلك دون التقييد بقانون دولة معينة (١) . فإذا نص قانون القاضي مثلا على أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية فإن مفهوم الأهلية يجب إن لا يتحدد وفقا لقانون القاضي فقط أو بموجب قانون جنسية الشخص فحسب، بل يجب أن

١ - أنظر M. Robel. Revue De Droit International Privé سنة ١٩٣٣ ، ص ٢ - ٦٢ .
يرى الاستاذ روبل ان الغرض من قواعد تنازع القوانين هو سد حاجة المعاملات الدولية وبهذا يجب اتباع الفكرة المجردة المستقاة من قوانين الدول المختلفة .

يرجع في ذلك ايضاً الى المفهوم العالمي بهذا الشأن .

ومـيـزة هذا النظام انه يؤدي الى توحيد اوصاف العلاقة القانونية يجعل لقواعد الاسناد مـعناً عـالميـاً بالاضـافـة الى انه يذلل الصـعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي .

ولا ينكر ان انصـار هذا الرأي قـد ارادوا تحـقـيق مثل عليا ، الا ان رغبتهم لم تأخذ طريقها الى التطبيق الفعلي (١) ، اذ ان الوصول اليها ليس بالامر الهين اليسير، ذلك لان قـواعـد القـانون المقـارن لم تتـبلور بعد ولم ينجح القانون المقارن في ان يوفق بين اوصاف العلاقات القانونية.

ويضـاف الى ذلك أن المحـاكم عند مجابهتـهـا قـضايا لم يتطرق اليها التشريع الداخلي ، لم تعـان صـعوبة في تكييفها فلم تتردد في ان تعتبر تعدد الزوجات مثلاً نوعاً من الزواج والعقد المتعلق بالتركة كنوع من ايلولة التركة .

٢ ـ النظام الثاني :

وبموجبه يعطى الاختصاص في موضوع التكييف للقانون الذي سيحكم العلاقة مـوضع النزاع . فـقـواعـد التكـيـيف المقـررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية ويبرر أنصار هذا النظام اتجاههم هذا بقولهم أن القـانون إذا مـا أشار بوجوب حل النزاع وفقاً لقانون ما فإن هذا القانون يجب أن يحكم العـلاقـة بشكل كامل بما في ذلك تكييف العلاقة ووصفها كي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الأجنبي المختص ، لأن تحقيق العدالة لا يتم إلا بإعطاء القـانون المشار اليه صفة الإختصاص بصورة كاملة لقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وكذلك القواعد والافكار التي تتعلق بالتكييف .

وإعطاء الاختصاص في موضوع التكييف لقانون آخر غير القانون الذي سيحكم العـلاقة من شأنه أن يؤدي الى عدم تطبيق اقانون المذكور . والسبب في هذا هو ان

---

١ ـ 148 Cremieu Cours Droit Inernational Prive 141 Batiffol 1959, p.

وصف العلاقة ليس واحداً في جميع الاحوال في قوانين الدول المختلفة ، والسماح لقانون آخر غير الذي سيحكم العلاقة بالتدخل في تكييفها قد ينسبها لمجموعة أخرى غير ما هي عليه في القانون الذي سيحكم العلاقة . فقد ترتأي محاكم إحدى الدول بأن العلاقة من الاهلية ومن ثم تخضعها لقانون الجنسية ، في حين تعتبر هي بمقتضى قواعد التكييف في القانون المشار اليه من العلاقات المتعلقة بالشكل ويجب إخضاعها لقانون المحل الذي نشأت فيه ، فتكييف العلاقة القانونية بمقتضى قانون القاضي وعلي خلاف ما يقضي به القانون الواجب التطبيق يكون خرقاً لهذا القانون وتطبيقاً له في غير الحالات التي أراد المشرع الأجنبي تطبيقه فيها، وهذا لا يتفق مع تتطلبه العدالة من تطبيق صحيح .

ولتلافي وقوع مثل هذه النتيجة يرتأي أصحاب هذا النظام اعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع .

ويمكن الرد على هذا النظام بأن إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق يؤدي الى حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها لأن التكيف عملية أولية للكشف عن القانون الواجب التطبيق ، فلا يمكن معرفة هذا القانون قبل الانتهاء من عملية التكييف فلو أشارت قواعد الاسناد الوطنية الى الأخذ بقانون الجنسية بالنسبة للأهلية مثلاً، فإن النزاع ذا الموضوع المتعلق بالأهلية يكون من اختصاص القانون المذكور ، أما إذا وصف موضوع النزاع وصفاً آخر فلا يشترط أن يكون من اختصاص قانون الجنسية . ولأجل تحديد اختصاص قانون الجنسية (القانون الواجب التطبيق) وتعيينه يجب قبل كل شيء أن نعرف طبيعة العلاقة موضوع النزاع . أهي تنسب الى الأهلية ليمكن العمل بما ورد في قاعدة الإسناد المذكورة واعطاء الاختصاص فيها بقانون الجنسية، أم إنها من طبيعة أخرى ومن ثم تنسب قاعدة الإسناد الخاصة بها إلى القانون الذي يحكمها؟ وكيف يمكن إعطاء الاختصاص في التكييف إلى قانون ما مع العلم إننا ما زلنا نجهل طبيعة العلاقة ؟!

نستنتج من هذا أن كل خطوة وفق قواعد الإسناد تتطلب معرفة طبيعية العلاقة القانونية وتكييفها قبل كل شيء. فالتكييف عملية أولية تسبق معرفة القانون

الواجب التطبيق . ولهذا فإن كل تحكيم للقانون الواجب التطبيق اي القانون الذي نبحث عنه ونريد الكشف عنه يكون سابقاً لأوانه ويصطدم بالاستحالة العملية[1] ويضاف الى ذلك أن إعطاء الإختصاص في التكييف - من الناحية النظرية - إلى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية يؤدي الى الخروج عن قواعد تنازع القوانين والى الابتعاد عن أوامر المشرع الوطني التي تنحصر بما ورد في قوانينه . فهو إن أجاز إعطاء الاختصاص موضع الاهلية مثلاً لحكمها بقانون جنسية الأجنبي ، فأن تنازله عن الاختصاص والحالة هذه تنحصر في اخضاع العلاقة للقانون الذي اولي الاختصاص لحكمها من الناحية الموضوعية . وتنازله هذا قاصر على ما أعطى فيه الاختصاص للقانون الأجنبي وفي مثالنا هذا قاصر على الاهلية . والاهلية كما يتصورها ويفهمها هو وليس كما يتصورها مشرع آخر غيره .

٣ - النظام الثالث :

وبمقتضى هذا النظام يعطى التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع وقد أخذ بهذا النظام Kahn, Bartin [2] وغيرهما ، وقد اتبع بصورة عامة منذ زمن طويل في كثير من الدول وطبقته محاكم كثيرة بصورة تلقائية قبل ظهور نظرية التكييف. وقد أقرت هذا النظام بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية (كاتفاق لاهاي سنة ١٩٢٥) ، وأخذ به في التشريعات الحديثة كالقانون المدني الأردني ، حيث نصت المادة الحاديه عشر منه على أن : «القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها» . وهو مانص عليه أيضاً في الفقرة الاولى من

---

١ - انظر في ذلك Batiffol لسنة ١٩٥٩ ص ٣٤١ ، و Niboyet ج٣ فقرة ٩٥٣ ، د. جابر جاد عبد الرحمن ص ٢١٣ . د. منصور مصطفى منصور ص ٧٠ . احمد مسلم موجز القانون الدولي الخاص المقارن ، ص١٨٧ .

٢ - Le Doctrine Des Qualification Et ses Rapports Avec Le Caractere National Des Regles des Conflits de Lois

محاضرات اكاديمية القانون الدولي ، ١٩٣٠ ، ص ٥٢٩ .

المادة السابعة عشرة من القانون المدني العراقي ، والمادة (١١) من القانون المدني للجمهورية العربية السورية والمادة (١٠) (١) من القانون المدني لجمهورية مصر العربية والمادة (١٠) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٣١) من القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦٠ الكويتي (٢) ، كما استقر على تبنيه القضاء في لبنان (٣) مستنداً الى المادة (٨٤) من أصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها أن : «التمييز بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة يخضع للقانون اللبناني» ، في إعطاء الاختصاص في التكييف في لبنان لقانون القاضي .

وقد قدمت حجج كثيرة لتبرير هذا النظام فقيل أن القواعد التي يطبقها القاضي لحل التنازع هي من نظامه الوطني وأن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون الا بأمر نص عليه المشرع الوطني ، وبهذا تكون قواعد القانون الاجنبي التي أعطي لها الاختصاص كأنها نصوص أقرها المشرع الوطني وحدد نطاق تطبيقها بدلاً من القانون الوطني . ومثل هذا الإبدال يجب تقييده وحصره في الظروف التي يراها المشرع الوطني . فالقول بأن الاهلية تحكم بقانون الجنسية يفيد بأن المشرع الوطني أعطى الاختصاص للقانون الاجنبي بشأن العلاقة التي يعتبرها هو من الاهلية ومفهوم طبيعة العلاقة القانونية وكونها من الاهلية أو لا ، يكون وفق تصور المشرع لا غيره . إذ انه لا يريد عادة من المصطلحات التي يستعملها في قواعد الاسناد إلا المدلولات التي تتفق ووجهة نظره هو لا كما تعني وفق وجهة نظر غيره من المشرعين(٤) .

---

١ ـ المادة ١٠ جمهورية عربية متحدة و ١١ سوري جاء فيها : «القانون السوري او المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها ».

٢ ـ راجع للمؤلف د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الكويتي ص٦٨ .

٣ ـ ادمون نعيم : القانون الدولي الخاص . وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان . ص٧٥ ، بيروت : ١٩٦٧ .

٤ ـ راجع . Tyan 1966, 387. Niboyet 499 . Batiffol 341

ويبرر بارتان الأخذ بهذا النظام بفكرة السيادة قائلاً أن المشرع الوطني عند تنازله للقانون الأجنبي لحكم علاقة قانونية على إقليم دولته إنما يضحي بجزء من سيادة قانونه لمصلحة قانون الدولة الاجنبية الذي اعطى له الاختصاص ، وما دام أساس اختصاص القانون الأجنبي هو التنازل فيجب التقيد بحدوده وعدم التوسع فيه ، فلا يطبق القانون الاجنبي إلا بمقدار ما أجاز به المشرع الوطني . ولما كان المشرع الوطني لم يمنح التكييف لقانون آخر فلا يمكن للقاضي أن يخرج على قانونه ويعطي التكييف لقانون آخر (١) ، وهو إن التجأ الى ذلك يكون قد خرج على سيادة قانون دولته .

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يجعل أساس هذه النظرية هو التنازع بين السيادات التشريعية بينما تهدف قواعد الاسناد الى تقرير العدالة والتي تتم بإعطاء الاختصاص الى القانون المناسب لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي(٢) .

ويبرر آرمنجون إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي بمبدأ وحدة التكييف . إذ أن وحدة التكييف في دولة ما لا تتحقق إلا بإعطاء حق الاختصاص في التكييف لقانون واحد فقط وهو قانون القاضي . وإعطاء الاختصاص في التكييف لقوانين متعددة في الدولة ذاتها يؤدي الى اتخاذ العلاقة القانونية أوصافاً متباينة ، تتعدد بتعدد الدول واختلاف المفاهيم القانونية لها . فقد تعتبر إحدى العلاقات القانونية من مسائل الاهلية بالنسبة لقانون ما ، في حين أنها بمقتضى وجهة نظر قانون اخر قد تكون من المسائل الشكلية . ومثل هذا الاختلاف في المفاهيم القانونية تبعاً لاختلاف القوانين المسند اليها التكييف يؤدي الى تفاوت في التكييف وبالتالي في الحلول ، الامر الذي يتنافى مع العدالة التي يشترط لتحقيقها في دولة من الدول بصورة كاملة ، أن يكون لكل صنف من العلاقات وفي جميع الاحوال وصف

---

١ ـ حامد زكي ، القانون الدولي الخاص ص١٩٣ .

٢ ـ أنظر في ذلك جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ـ ج٣ ص ٦٥ .
د. فؤاد عبد المنعم رياض . د. سامية راشد ، القانون الدولي الخاص . دار النهضة العربية القاهرة : ١٩٧٤ ، ص٦٤ .

واحـد لا مـتـعـدد بتعدد القوانين التي ينسب اليها الاختصاص في التكييف ولا تتم وحدة التكييف هذه الا عن طريق إخضاعه لقانون واحد هو قانون القاضي .

ويؤيد لروبور بيجونير[١] فكرة إعطاء الاخـتـصـاص في التكييف لقانون القاضي بحجة ميل القاضي لتحديد الاوصاف القانونية وفقاً لمفاهيمه القانونية المستمدة من قانونه لا من قانون غيره .

امـا بالنسبة الى موري فإن إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي راجع الى كـون التكييف يتضمن تفسيراً لقاعدة ما من قواعد القانون الوطني وهي قاعدة الاسناد، وتفـسير القـاعـدة القـانونيـة يلزم أن يتم وفقاً للمفاهيم الوطنية للقانون الوطني لا وفقاً لمفهوم آخر[٢] .

الانتقادات :

مع وجـاهة الحـجج التي تدعم فكرة إعطاء الاخـتـصـاص في التكيـيف لقانون القـاضي ، فإن هذه النظرية تصطدم بانتـقـادات واعتراضـات رئيـسـيـة . فهي من الناحية العملية تؤدي الى عدم التيقن والتأكد من القانون الواجب التطبيق لعدم علم اطراف العـلاقـة المسـبق بالقـاعـدة الواجبة الاتباع وما يترتب على ذلك من اخلال بالاسـتـقـرار المتطلب للمعاملات وبشكل اوضح فقد قيل بصدد التيقن والتأكد من القـانون الذي يحكم العـلاقـة القـانونيـة أن إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القـاضي يؤدي الى عـدم التـعـرف على وجه التأكيد على القانون الذي يحكم العلاقة القـانونيـة منذ نشؤها حتى انتهائها ما دام لم يثر بشأن العلاقة القانونية اي نزاع أمـام المحـاكم . ومن ثم فإن القـانون الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لا يعرف إلا بعد اقامة الدعوى . وإقامة الدعوى ما هو إلا إجراء لاحق وغير

---

١ ـ راجع جـابر عـبـد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ج٢ ، ١٩٤٧ ـ ١٩٤٨ ص ٥٣٠ تنازع القوانين ١٩٥٦ ، ص ٢٢٠ ، القانون الدولي الخاص العربي ص ٦٦ .

٢ ـ Maury : Regles Generales des conflits de lois
محاضرات لاهاي ١٩٣٦ الجزء الثالث ص١٦٨ . ص٥٢٩ .

لازم ، ولا يقع إلا في أحـوال استثنائية ونادرة جداً . والعلاقات التي لا ينهض فيها اي نزاع أكـثـر بكثير من غيرها في حين يشترط لاسـتـقـرار المعاملات التعرف على القـانون الذي ينظم العـلاقـة ويحكمـهـا منذ ظهـورها حـتى انتهائها . فنشوؤها واسـتـمرارها يتطلبان استنفاذ شروط شكلية وأخرى موضوعية بمقتضى القانون المختص . فما هو القانون الذي تنظم بموجبه العلاقة القانونية التي لم تثر تنازعاً؟ لا شك أن تعـيـينه يتوقف على التكييف . وإعطاء التكييف لقانون القاضي لا يمكننا من تَحـديد طبيعة العلاقة القانونية وبالتالي يتعذر علينا تشخيص القانون المختص مـادام التنازع بشأن تلك العـلاقـة لم ينشأ بعـد ، ويبـقى القـانون المنظم للعلاقة مجهولاً ما دامت الدعوى لم ترفع .

ومع مـا وجه لهذه النظرية من انتقادات فإنها لا تزال راجحة ، وقد أقرها الفقه والقـضـاء وأخـذت بها أكثر التشريعات ومن ضمنها القانون الأردني . وقبل بيان مـوقف المشرع الوطني منهـا لا بد من تحديد المقصود بفكرة قانون القاضي ونطاق الاخذ به .

المقصود بقانون القاضي :

يضم القـانون الداخلي لكل دولة طوائف من النظم القـانونيـة كـالاهلية وشكل التصرف والزواج والوصـايا والميراث ، فـهل يأخـذ القـاضي بالتقسيمات الورادة في قـانونه وبأفكارها وتعاريفها ومفاهيمها عند تحديد طبيعة العلاقة القانوية المشوبة بعنصر أجنبي كي يكشف عن قـاعـدة الاسناد التي تحدد القانون المختص ، او ان ثمـة مـعـاني وأفكار أخرى يؤخذ بها عند تحديد طبيعة العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ؟

يرى الفـقـهـاء أن تقـسـيمات القـانون الداخلي تسري ذاتها عند تحـديد طبيعة العـلاقـة القـانونيـة ، ومع ذلك فـلا بد من بعض المرونة في تحـديد مدلول قواعد الاسـناد الوطنيـة لأنها مـقـررة لايجاد حل لكافـة المنازعـات ذات الطابع الدولي ، والواقع الدولي هذا يفـرض على القـاضي أن لا يقف عند مـدلولات القـانون الداخلي

حرفياً (١) ، بل عليه أن يتوسع في مفهومها حتى يستطيع إدخال الافكار التي تقوم عليها سائر النظم في القوانين الاجنبية غير المطروقه في قانونه وذلك تمهيداً لاسنادها للقانون الملائم . فإذا كان الزواج مثلاً في القوانين الاوروبية رابطة لا تبيح التعدد وتقوم على الزواج من واحدة فقط ، وهي لا تنحل بإرادة أحد الطرفين فتمسك القاضي الاوروبي بفهم فكرة الزواج على هذا النحو فقط لن يساعده على تكييف الزواج الثاني تكييفاً يجعله نوعاً من أنواع الزواج حتى ولو كانت العلاقة موضوع النزاع تنسب الى قانون آخر يقر تعدد الزوجات كالشريعة الاسلامية(٢) .

ومن أجل ضم مثل هذه العلاقات الى نظام الزواج يجب عليه أن يأخذ الزواج هنا بمعنى أوسع بحيث يضم الروابط الزوجية وفقاً للأنظمة الأخرى(٣) .

نطاق الاخذ بقانون القاضي :

إذا كان الرأي الذي يقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي قد نال الغلبة فإن هذا لا يعني أن نطاقه عام شامل لا استثناء فيه . لأن العمل بقانون القاضي في مسائل التكييف ليس مطلقا بل تتحمل هذه القاعدة بعض الاستثناءات يعطى فيها الاختصاص في التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع وهي : -

١ - إذا اقتضى الامر تحديد كون الشيء موضوع النزاع منقولاً او غير منقول . وفي مثل هذه الحالة يخضع بارتان التكييف لقانون موقع المال (٤) ، اي لقانون البلد الذي وجد فيه المال وليس لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع ، لأن نظام الاموال في كل دولة يهدف الى المحافظة على الثروة الوطنية ولهذا السبب فإنه مرتبط بالنظام العام .

---

١ - د. احمد مسلم - القانون الدولي الخاص المقارن - ص ١٨٨ . د. فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد ، القانون الدولي الخاص ١٩٧٤ ، ص٧٢ .

٢ - دكتور جابر جاد عبد الرحمن - ١٩٦١ ص٢٣٢ .

٣ - Batiffol, 1959 P. 93

٤ - Bartin مبادىء القانون الدولي الخاص ، ج١ ص٢٣٦ . راجع هشام علي صادق - تنازع القوانين - الطبعة الثالثة ، ص١٢٨ .

وقـد نازع البـعض في صحة هذا الاستثناء . إذ يرى أن الاخذ به قد يؤدي الى عـدم تطبـيق قاعدة الاسناد الواردة في قانون القاضي تطبيقاً سليمًا . فالاموال كما نعلم تنقـسم من حيث كونها منقولة او غير منقولة إما بحسب طبيعتها ـ كـونها قـابلة او غير قـابلة للانتقال ـ او بمقتضى نص قانوني يعتبر منقولاً بطبـيـعته غير منقول بالتخصيص كأسهم بنك فرنسا التي اعتبرت اموالاً غير منقـولة مع قـابليـتـها للانتقال . ويلزم القاضي غير الفرنسي ، إذا ما أخذ بهذا الاسـتـثناء ، ان يعـتبر مثل هذه الاسهم أموالاً غير منقولة إذا رفع نزاع تطلب تحـديد طبـيـعتها ، مع أنها في الحقيقة والواقع ، ووفقاً لقانونه و قوانين دول اخـرى هي أموال منقولة . والأخذ بهذا الاستثناء يؤدي الى عدم تطبيق قانون القـاضي تطبـيـقـاً سليمًا فـقد يضطر القاضي الى العمل بما ورد بقانون محل وجـود الشيء ولا يسـتند الى طبـيعته وبالتالي يلجأ الى تطبيق القواعد الخاصة بغير المنقول على منقول .

- حـالة الاسـتـحـالة المادية في تكييف العـلاقـة موضوع النزاع بمقتضى قانون القـاضي بسـبب عـدم معرفة النظام القانوني الأجنبي المطلوب وصفه من قبل القـاضي وفـيـهـا يعطى الاخـتـصاص لقانون آخر غير قانون القاضي . فالمهر والوقف مـثـلاً مجهـولان من قبل الشرائع الغربية وقد تؤدي الجهالة هذه الى صـعـوبات فنيـة او عملية في التوصل الى استخلاص الوصف القانوني لنزاع متعلق بمثل هذه الانظمة التي لم ينظمها قانون القاضي .

وهناك مـثل من القـضـاء الفـرنسي يوضح الاسـتـحالة المادية في التوصل الى تكيـيف العلاقة القانونية ظهر اثر دعوى رفعها أحد رعايا مالطة أمام محكمة الجـزائر (التي كـانت تخضع حين رفع النزاع الى الاستعمار الفرنسي) ، طالب المدعي فـيـها بحق (ربع الزوج الفقير) (١) وهو نظام قـانوني يقـره القانون المالطي إلا أنه مجهـول من قبل القانون الفرنسي (قانون القاضي) المطبق آنذاك في الجـزائر وتعـذر على القاضي ان يصنف العلاقة المطروحة هل تدخل في فئة

- راجع المرجع السابق Gremieu P . 141

النظام المالي للزوجين ام في فئة التركات لان القانون المطبق يختلف في الحالتين إذ يخضع النظام المالي لقانون الموطن للزوجية والاختصاص في التركات الى قانون موقع العقار ، واضطرت المحكمة تجاه هذه الاستحالة الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها الى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر وهو قانون جنسية المدعي ، اي : قانون مالطة[1] .

ودعوة الكثيرين لفكرة إعطاء الاختصاص في التكييف في حالة الاستحالة لقانون آخر غير قانون القاضي لم يمنع البعض الآخر من معارضتها والدعوة الى إبقاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي حتى في حالة الاستحالة فبالنسبة اليهم يلزم القاضي تكييف العلاقة موضوع النزاع عن طريق البحث عن نظام قانوني مشابه لها في تشريعه الذي يحتوي حتمًا على الانظمة القانونية العالمية كالزواج والتملك والتعامل والوفاة .. الخ [2] فتقيد الزواج بواحدة في إحدى الدول ومنع تعدده في أنظمتها القانونية لا يمنع قاضي تلك الدولة من اعتبار الزواج بأكثر من واحدة المنصوص عليه في قانون دولة أخرى كنوع من أنواع الزواج ومن ثم يطبق على العلاقة الزوجية الثانية القواعد الخاصة بالزواج .

حقاً إن المشاكل العالمية تكاد تكون واحدة ، والانظمة القانونية لا تستبعد معالجتها من قبل جميع التشريعات إلا أن تحكيم قانون القاضي في تكييف علاقة قانونية ، مشوبة بعنصر أجنبي ، يجهلها ولم ينظمها قانونه وذلك عن طريق تشبيهها بأحد الانظمة القانونية الواردة بقانونه قد يؤدي الى وصفها وصفاً خاطئاً، وذلك لأن الاختلاف بالتكييف قد ظهر بين قوانين تضمنت نفس الانظمة . فقد سبق أن رأينا في وصف وصية الهولندي أن البعض كيفها

---

١ ـ موضوع النزاع : زوجات مالطيان توطنا الجزائر ، توفي الزوج عن ثروة عقارية هامة ، طالبت الزوجة وقبل توزيع التركة بحصة مستقلة تسمى في القانون المالطي ربع الزوج الفقير وذلك تطبيقاً للقانون المالطي ، والتي يجهلها القانون الفرنسي المطبق آنذاك في الجزائر .

٢ ـ Batiffol, 1959 P. 348

بأنها تتـعلق بمـوضوع الاهلية في حين نسبها البعض الآخر الى نظام آخر هو شكل التصرف . فـمع التـشـابه والتماثل بين قـواعـد الاسناد والثـقـافـة بين القانونين الفرنسي والهولندي المتضمنين لهذين النظامين قد ظهر خلاف بينهما في تكيـيف العـلاقـة . فما القـول بتكييف القاضي لعلاقة قانونية تنسب لنظام يجهله قانونه وعن طريق تشبيهها بأحد الانظمة الواردة في قانونه؟ لا شك أن مجال الاخـتـلاف والابتـعـاد عن طبيعة العلاقة المطلوب تكييفها أكثر توقعاً ، وقـد لا يتـوصل القـاضي الاجنبي الى استخلاص وصف العلاقة ويتعذر عليه ضـمـها الى النظام القانوني الذي تنتسب اليه . والسبب فيما نقول يرجع الى أن التكييف يتطلب فهمًا تاماً وتحديداً كاملاً لطبيعة النظام القانوني الاجنبي ، المجـهـول من قبل قانونه ، كي يتفادى الخطأ في تشبيه النظام المجهول بنظام مـعلوم لديه والوصف السليم لا يمكن التـوصل اليـه الا إذا تم وفـقاً للقانون الاجنبي الذي ينظمه لا وفقاً لنظام يشبهه من أنظمة القاضي .

٣ ـ حـالـة وجـود نص في قـانون دولة القـاضي او فى مـعـاهدة ارتبطت بها دولة القـاضي، يقضي كل منهما بإخـضـاع التكييف في مسائل معينة الى قانون آخر غير قانون القاضي.

التكَييف في القانون الأردني :

تنص المادة الحـادية عشر من القانون المدني الأردني على أن : «القانون الأردني هو المرجع في تكيـيف العـلاقـات عندمـا يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها» .

ويـظـهـر مـن هـذا الـنـص أن المشرع الأردني قـد اخـذ بالنظرية التي تعطي الاخـتـصـاص في التكيف الى قـانون القـاضي ، إذ انه اولى الاختصاص في التكييف للقـانون الاردني عندما يطلب تحديد نوع العلاقة . وعليه ليس على القاضي الاردني كلما عـرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي الا أن يرجع الى القـانون الاردني ليـتـعرف على صنف العلاقة او المركز القانوني ليضمها الى فكرة معينة .

ويقصد بالقانون الأردني مجموعة القواعد المعمول بها في المملكة الاردنية الهاشمية أياً كان مصدرها سواء كان التشريع او العرف او القضاء او الفقه . فلو طلبت الزوجة حل الرابطة الزوجية لعنة الزوج السابقة على إبرام الزواج ، فإن تعيين القانون الذي تستند اليه العلاقة القانونية يتوقف على تحديد نوع موضوع النزاع وما إذا كان يتعلق في مثالنا هذا بالشروط الموضوعية للزواج أم انه يتعلق بالطلاق . فاذا ما وصف النزاع بانه يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج فعندئذ نرجع الى قاعدة الاسناد في الفقرة الاولى من المادة الثانية عشر من القانون المدني لتعيين القانون المختص بحكم النزاع من الناحية الموضوعية ، وهي في هذا الامر تعطيَ الاختصاص الى قانون كل من الزوجين . أما لو وصف موضوع النزاع بأنه يتعلق بالطلاق فيكون تعيين القانون المختص بمقتضى قاعدة اسناد أخرى وهي الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة التي تعطي الاختصاص الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق .

وهكذا تبدو أهمية التكييف في تحديد قاعدة الاسناد وبالتالي تعيين القانون الذي يولى اليه الاختصاص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية .

وإذا كان المشرع الأردني قد أعطى الاختصاص في التكييف للقانون الأردني ، فإن تطبيق هذه القاعدة قد تواجهه صعوبتان اولاهما تتعلق بتحديد المقصود بالتكييف الذي خصته هذه القاعدة ، وثانيتهما تحديد المقصود بالقانون الأردني .

يقصد بالتكييف الذي يرجع فيه الى القانون الأردني هو التكييف الأولي والذي يكون غرضه تعيين طبيعة العلاقة موضوع النزاع لضمها لنوع من أنواع النظم القانونية لتسميه قاعدة الاسناد التي ينحصر دورها في تعين القانون الواجب التطبيق . اما التكييفات اللاحقة فتخرج عن اختصاص القانون الأردني ويحكمها القانون الذي اولته قاعدة الاسناد الاختصاص (١) . فلو رفع نزاع أمام القاضي

---

١ ـ الدكتور سامي بديع منصور «بعبارة ادق عدم اختصاص قانون قاضي النزاع في كل تصنيف لا يكون غرضة تعيين القانون المطبق» الوسيط في القانون الدولي الخاص دار العلوم العربية بيروت ص ١٩٢ .

الأردني يدور بين الاهلية وشكل التصرف ، فمهمة القاضي الاردني هو ضم هذا النزاع الى إحدى الطائفتين (الاهلية او شكل التصرف) ، فإذا تبين له وحسب مفاهيمه القانونية ان موضوع النزاع يتعلق بالاهلية ، فان دور القانون الأردني ينتهي عند هذا التكييف الاولي ، اما التكييفات اللاحقة لذلك كالرشد والسفه والحجر فينبغي تكييفها وفقاً للقانون الذي اولته قاعدة الاسناد الاختصاص[1] ، لأن تكييف مثل هذه الامور يعتبر من التكييفات اللاحقة والاختصاص فيها للقانون الواجب التطبيق وليس للقانون الأردني .

أما المقصود بالقانون الأردني فهو القانون الأردني بجملته اي بكافة قواعده وبمختلف مصادره ما تعلق منها بالاشخاص والاموال . والقاضي في تحديده لطبيعة العلاقة القانونية يستهدي بالاصول العامة والمباديء السائدة ففي قانونه دون التقيد بموضع النصوص وما إذا كانت ضمن القانون التجاري او المدني او ضمن قانون الاحوال الشخصية .. الخ .

ومع ذلك ، وما دامت العلاقة القانونية ليست وطنية بحتة، لذا فإن تحديد وصف العلاقة القانونية والفكرة التي تقوم عليها يقتضي أن تؤخذ المفاهيم الدولية بعين الاعتبار عند القيام بعملية تكييفها ، وهذا لا يتم الا إذا تقبل القاضي الاخذ بالمفاهيم القانونية الورادة في قانونه بافق واسع ، وان لا يتقيد بالمفهوم الضيق للاوصاف التي ينظمها قانونه بقصرها على ما هي عليه في نظامه الوطني وبمفهومها للعلاقات الوطنية البتة ، وإنما عليه ان يوسع من مدلول النظام الوطني ليتسنى له ادخال مختلف العلاقات القانونية الاجنبية التي تعرض عليه في نطاق نظامه . فكون الرابطة الزوجية في الشريعة الاسلامية تنحل - كقاعدة عامة - بإرادة الزوج لا يمنع ذلك من أن يعتبر القاضي الأردني من الزواج علاقة تجيز

---

١ - راجع : د.منصور مصطفى منصور المذكور ص٦٨ د. احمد مسلم القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ص١٨٧ ، مذكرات د. ماجد الحلواني الكويت ١٩٧٣ ص٤٥ .د. هشام علي صادق تنازع القوانين ١٩٧٤ ص١٢٦ : «وعلى هذا النحو رجع القاضي الى قانونه لتحديد ما اذا كانت العلاقة تعاقدية ام لا . اما نوعية العقد و اذا كان يعد من عقود الايجار او البيع فتلك مسالة تخص التكييفات اللاحقة ويرجع في تحديدها الى قانون ارادة المتعاقدين»

بمقتضى نظامها للزوجة حل الرابطة الزوجية بمحض إرادتها ، ما دامت مثل هذه العلاقة تعتبر في القانون الاجنبي المختص نوعاً من الزواج . ويتم التوسع في مضمون مفهوم الفكرة في القانون الداخلي عن طريق الاستئناس بالقانون الاجنبي المحتمل التطبيق واتباع المنهج المقارن[1] .

إن اعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الاردني يؤدي الى تطبيق فكرة اختصاص قانون القاضي في حالة ما إذا كان النزاع قد رفع أمام المحاكم الاردنية . ولكن ما الحل لو كان النزاع قد رفع امام محكمة أجنبية ، أيعترف عندئذ القانون الاردني بإعطاء التكييف لقانون ذلك القاضي المرفوع امامه النزاع تطبيقاً لمبدأ اختصاص قانون القاضي في التكييف أم يبقى القانون الأردني مختصاً بالتكييف ؟؟

جاء في المادة الحادية عشرة مدني أن القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات .. الخ . أفيعني هذا ان المشرع قد أراد إخضاع التكييف الى القانون الأردني وفي جميع الاحوال ، سواء كان النزاع قد رفع أمام محكمة أردنية ام محكمة أجنبية ويكون وصف العلاقة موضع النزاع وفقاً للمفاهيم القانونية للقانون الأردني ؟ ، ام أن المقصود في ذلك هو اخضاع التكييف للقانون الاردني في حالة ما اذا رفع النزاع الى القضاء الاردني ؟؟؟ .

مما لا شك فيه أن قصد المشرع ينحصر في إخضاع التكييف الى القانون الاردني في حالة اذا كان النزاع قد رفع امام القضاء الاردني فقط ، ولا يقصد اعطاء الاختصاص وفي جميع الاحوال للقانون الأردني . لأن القاضي الاجنبي لا يأتمر الا بأوامر مشرعة . ثم إن نص المادة الحادية عشرة وما ورد فيها من عبارة «عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات» تعني بأن المشرع يقصد إخضاع التكييف للقانون الاردني في حالة ما إذا رفع النزاع الى القانون الاردني . وفي ما عدا ذلك تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص عملاً بما تمليه المادة (٢٥) مدني[2] . إذ اصبح من

١ ـ د. هشام علي صادق تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ص١٥٦ .

٢ ـ المادة ٢٥ مدني : «تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من احوال التنازع» .

المبادىء الاكثر شيوعاً والمسلم بها دولياً هو اخضاع التكييف الى قانون القاضي المرفوع امامه النزاع .

وقد اوردت تشريعات بعض الدول استثناءات على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف لقانون القاضي فيما يتعلق بوصف المال وما اذا يعتبر عقاراً او منقولاً ، ومنها ما تمليه نصوص معاهدة او قانون يخرج التكييف من اختصاص قانون القاضي .

فيما يتعلق بوصف المال وما اذا يعتبر عقارا او منقولاً فان تشريعات بعض الدول أخرجت الاختصاص في ذلك من قانون القاضي وأولت الاختصاص فيه الى قانون موقع المال ومن هذه التشريعات القانون المدني العراقي الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة (١) . وقد التزم القانون الاردني السكوت في هذا الشأن إذ لم يرد فيه نص يقرر الاخذ بهذا الاستثناء .

وعدم النص على ذلك قد يثير خلافاً في وجهات النظر كما حصل في شرح القانون المصري والذي لم يرد فيه نص ايضاً يحدد القانون الذي يخضع له تحديد وصف المال . فقد تباينت وجهات نظر الفقهاء بهذا الشأن (٢) ، فمنهم من ذهب الى القول بعدم الحاجة الى النص على هذا الاستثناء لأن تحديد طبيعة المال ما هو الا تكييف لاحق ، والتكييف اللاحق يخرج من اختصاص قانون القاضي . ومنهم من يرىَ ان اعطاء الاختصاص في وصف المال الى قانون موقع المال أصبح مبدأ عاماً شائعاً وما شاع وانتشر دولياً يعمل به حتى في حالة عدم النص(٣) .

ومن مراجعة قواعد، الاسناد للقانون الاردني يتضح أن المادة (١٩) مدني أخضعت الحيازة والحقوق العينية بالنسبة للعقار الى قانون موقعه وبالنسبة

---

١ ـ فقرة ٢ مادة ١٧ مدني عراقي : «ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقاراً او منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها الشيء» .

٢ ـ راجع تفصيل ذلك ، دكتور هشام علي صادق ، المذكور ، ص١٦٠ .

٣ ـ الدكتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ، ص١١٩ .

للمنقـول الى قانون البلد الذي وجد فيه المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده . فالقانون الاردني قد أخضع المنقول والعقار بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في شأن الملكيـة والحيازة والحقوق العينبة الى قانون موقع المال .

ولأعمال قـواعد تنازع القوانين يبدأ القاضي بوصف العلاقة القانونية ، فإذا تبين أنها تندرج ضمن طائفة الحقوق العينبة ينتقل الى قانون البلد الذي وجد فيه المال ، وفي ضـوء ذلك القانون يحدد إذا ما كان المال يعتبر منقولاً او غير منقول . ومؤدى هذا إعطاء الاختصاص في تحديد طبيعة المال الى قانون البلد الذي وجد فيه المال .

والاسـتـثناء الثـاني من القـاعـدة التي تعطي الاخـتـصـاص في التكييف لقانون القـاضي هو حـالة وجـود نص في قـانون او مـعـاهدة يقضي بإخـراج التكييف من اخـتـصـاص قـانون القـاضي ، إما بأعطاء الاختصاص في التكييف لقانون آخر او بتـحـديد مـضـمـون الفكرة المسندة . فيتعين على القاضي أن يأخذ بالمضمون الذي تقـرره المعـاهدة او بالمضمون الذي يحدده القانون الخاص ، وهذا ماتملي العمل به المادة (٢٤) مـدني بقولها : «لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها» .

وبهذا النص أصبح حكم المادة الحادية عشر التي تعطي الاختصاص في التكييف للقـانون الاردني مـقيداً بهذا الاستثناء في جميع الاحوال التي يرد نص على خلاف ذلك في قانون خاص او في معاهدة دولية نافذة في المملكة .

المبحث الثاني

الاحالـة

Le renovi

Le Renvoi

بعـد تحـديد طبـيـعة المسألة موضع النزاع واعطائها الوصف القانوني وتحديد القـانون الواجب التطبيق ـ وكان الاختصاص لقانون اجنبي ـ قد تظهر صعوبة في تحـديد نطاق تطبـيق هذا القـانون ، اذ من المعلوم ان قـانون اي دولة يشتمل على طائفـتين من القواعد ، قواعد اسناد ، (قواعد تنازع القوانين) وقواعد موضوعية .

ولا تثـور صـعـوبة فـيما لو اتحـدت قـواعـد الاسناد في كل من قانون القاضي والقـانون الاجنبي الذي عـينتـه قـاعـدة الاسناد لقانون القاضي ، فالاهلية مثلا في القـانوني العـراقي والاردني تخضع لقـانون الجنسـيـة وعليـه لو عرضت مسألة مـتـعلقـة باهلية عراقي امام القاضي الاردني فان قاعدة الاسناد في القانون الاردني تولي الاخـتـصـاص الى القانون العراقي وقاعدة الاسناد في القانون العراقي تخضع الاخـتـصـاص فـيـهـا للقـانون العراقي فما على القاضي الاردني الا تطبيق القواعد الموضوعية للقانون العراقي ونقصد بذلك القواعد التي تحكم الاهلية .

والمشكلة لا تثور الا في حالة اختلاف قواعد الاسناد من دولة الى دولة ، ويكون الاخـتـلاف بان تعطي قاعدة الاسناد للقانون الاجنبي الاختصاص الى قانون دولة ثالثـة او ترده الى قـانون القـاضي . فـاخـتلاف قواعد الاسناد هذا يثير تنازعا بين قـواعد الاسناد . مثالها ان يعرض على القاضي الاردني نزاع متصل باهلية انكليزي، فـالقـانون الواجب التطبيق وفـقـا لقـاعـدة الاسناد الاردنية هو القانون الانكليزي (الاهليـة تخضع لقـانون الجنسية) في حين ان قاعدة الاسناد في القانون الانكليزي الخـاصة بالاهلية تعطي الاختصاص الى قانون الموطن فاذا كان الانكليزي المطلوب تحـديد اهليـتـه متوطنا خارج انكلترا تكون قاعدة الاسناد في القانون الانكليزي قد حالت الاختصاص الى قانون الموطن فنكون هنا امام ما يطلق عليه بالاحالة .

والاحالة على نوعين قد تكون من درجة واحدة وهي التي يرد الاختصاص فيها الى قانون القاضي واحالة من درجتين ويعطى فيها الاختصاص لقانون دولة ثالثة ، وعند ظهور هذا النوع من التنازع هل ياخذ القاضي بما تقضي به قاعدة الاسناد الاجنبية ام يهملها ويعمل بالقواعد الموضوعية للقانون الاجنبي ؟

ان موقف القاضي في ذلك يتوقف على مناصرته او معرضته لفكرة الاحالة . فان اخذ بفكرة الاحالة فانه سيطبق قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المختص حتى وان اختلفت مع قواعد الاسناد لقانونه . وان لم يسلم بالاحالة فسوف لا ياخذ بقواعد الاسناد للقانون الاجنبي ويكتفي منه بتطبيق قواعده الموضوعية .

ظهور الاحالة :

ظهرت فكرة الاحالة لاول مرة في القضاء الانكليزي عام ١٨٤١ (١) غير ان معالمها لم تتحدد الا في عام (١٨٧٤) اثر قرار صدر من المحاكم الفرنسية بصدد قضية فوركو forgo (٢) التي تتلخص في ان فوركو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية ، اقام في فرنسا من الخامسة من عمره حتى وفاته في سن الثامنة والستين تاركاً ثروة منقولة طالب بها حواشي المتوفى الطبيعيون وفقاً لما يرتبه القانون البافاري . كما طالبت بها الحكومة الفرنسية ايضا باعتبارها مالكة للاموال التي لا وارث لها حسب القانون الفرنسي . ولدى الرجوع الى قاعدة الاسناد في القانون الفرنسي ظهر انها تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانوني للمتوفى وهو في هذه الحالة القانون البافاري ، نظرا لان فوركو - رغم طول اقامته في فرنسا - فانه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب حينذاك اذنا رسميا بالتوطن . وحيث ان فوركو لم يحصل على مثل هذا الاذن ، فقد وجب على القاضي الرجوع الى القانون البافاري قانون موطن المتوفى لحكم النزاع القائم حول ايلولة تركة فوركو . ولما كانت قواعد الاسناد في

١ - راجع في هذا الشأن ٣٩٩ Tyan D.I.P .
٢ - S. 1878.1. 428

القـانون البـافـاري تخضـع ايلولة التركة لقانون محل اقامة المتوفى المعتاد وهو هنا القـانون الفـرنسي الذي لا يعترف للحواشي الطبيعين بالارث الا اذا كانوا من اخوان واخـوات المتـوفى ، وحـيث انهم من غير هؤلاء فقد رفضت المحكمة طلبهم وحكمت بايلولة التركـة للحكومة الفرنسية باعتبارها وراثة للاموال التي لا وارث لها .

وبهذا يكون القـضـاء الفـرنسي قـد اخذ بما احال به القانون البافاري واستعبد القـانون الذي امـرت به قـواعـد اسناده واعطى الاختصاص لقانون السكن الفعلي حسبما جاء بقواعد اسناد القانون الاجنبي .

وقـد تبنت المحـاكم الفـرنسـيـة هذه النظرية في قـضايا اخرى مما ترتب عليه انقـسـام الفـقـه الى فـريقين منهم من انتصر لنظرية الاحالة ، ومنهم من عارضـها ولكل من الفريقين ادلته وحججه .

حجج انصار الاخذ بالاحالة :

استند انصار الاخذ بنظرية الاحالة على المبررات التالية :

١ ـ ضرورات عملية :

قـد يؤدي الاخذ بنظرية الاحالة الى توسيع اختصاص قانون القاضي الذي يجب الا يكون مـتـمسكا بتطبيق القانون الاجنبي اكثر من مشرع القاضي الاجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاخـتـصــاص واولى الثقة الى قانون القاضي او الى قانون آخر . وليس هناك ما يبرر رفض هذه الثقة .

وَمـا دام القـانون الاجنبي الذي اشـارت اليـه قـواعد الاسناد في قانون القاضي يرفض الاخـتـصــاص لنفـسه ويعطيه لقانون آخر فما علينا الا قبول هذه الاحالة لتدارك ظهور عدم وجود تشريع مختص لحكم العلاقة .

٢ ـ ضرورات قانونية :

ان قـانون كل دول يتكون من قـواعـد مـوضـوعية وقواعد اسناد . وتكـوّن في مجمـوعـهـا وحـدة مـتكاملة يلزم العـمل بها بصـورة كـاملة . واذا اشارت قواعد

الاسناد الوطنية بتطبيق قانون اجنبي فإنها تقصد بذلك جميع احكام ذلك القانون ولا يصح تجزئة قواعده والاقتصار على الاخذ بقواعده الموضوعية فقط ، بل يلزم في الوقت ذاته اتباع قواعد الاسناد لذلك القانون .

ومن ثم فان تحديد قواعد الاسناد الوطنية للقانون الاجنبي المختص بشأن علاقة قانونية معينة لا يعني بالضرورة نسب الاختصاص الفعلي للقانون الاجنبي بل انها تعرض اختصاصا يمكن رفضه [1] من قبل مشرع الدولة التي عرض الاختصاص على قانونها وذلك لانه هو الذي يحدد سيادة ونطاق تطبيق قانونه .

٣ ـ ضرورات تسهيل التنفيذ :

يؤدي الاخذ بنظرية الاحالة الى تنسيق قواعد التنازع فيما بين مختلف قوانين الدول والاتفاق على القانون الواجب التطبيق مما يؤدي الى تحقيق وحدة في الاحكام الناتجة عن اتفاق كلا القانونين (قانون القاضي والقانون الذي يشير اليه قانون القاضي) على اعطاء الاختصاص لقانون معين ، واختيارهما لقانون واحد يحكم النزاع يوصل الى وحدة الاحكام التي من شانها جعل تنفيذ الحكم الوطني في البلد الاجنبي سهلا يسيرا نظرا لاتفاقه مع ما يقضي به قانونه .

ومن اجل تنفيذ الحكم الوطني في الدولة الاجنبية التي تقوم في اقليمها الاموال العقارية التي تتكون منها تركة المتوفى مثلا اضطرت المحاكم الايطالية في وقت من الاوقات الى ان تاخذ بالاحالة بتطبيق قاعدة الاسناد لقانون الدولة الاجنبية التي وجد فيها المال غير المنقول والحكم بمقتضى ذلك القانون بدلا من العمل بقاعدة الاسناد الوطنية التي تعطي الاختصاص لقانون جنسية المتوفى[2] .

وعلى العكس من ذلك فان عدم قبول الاحالة الواردة في القانون الاجنبي يؤدي

---

١ ـ Lebovers Pigionaire راجع ص ٢١٢ من Tyan .

٢ ـ محكمة النقض في مدينة تورينو ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٠ و ١٧ يونية سنة ١٨٧٤ ـ راجع في ذلك الدكتور حامد سلطان (في العوامل التي تعترض قانون الميراث في التطبيق مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة يونية ١٩٤٨) .

الى تطبيق قوانين مختلفة تبعا لاختلاف الدول التي يعرض فيها النزاع وصدور احكام غير موحدة ، مما يحول دون تنفيذ الحكم الوطني في بلد آخر .

حجج معارضي نظرية الاحالة :

رغم المبررات التي تقدم بها انصار هذه النظرة فانها لم تنل قبول جميع الشراح وقد لاقت معارضة شديدة استندت الى ما يلي :-

١ - توحيد الحلول :

يرد معارضو هذا النظرية على الحجة القائلة بان الاخذ بنظرية الاحالة يؤدي الى توحيد الحلول نتيجة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع ، بالقول بان التوصل الى هذه النتيجة ليس مضموناً في جميع الاحوال ، فهي لا تصح الا اذا افترضنا ان القانون الاجنبي لن ياخذ بالاحالة .

فلو كان القانون الاردني ياخذ بالاحالة وكان القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد، الاسناد الاردنية ياخذ بها ايضا ، فسيؤدي قبول القاضي الاردني للاحالة الواردة بالقانون الاجنبي وقبول القاضي الاجنبي بالاحالة الواردة في القانون الاردني الى عدم الاتفاق على القانون المختص وبالتالي الى صدور احكام مختلفة فوحدة الحلول هذه لا تتم الا باخذ الاحالة من طرف واحد (١) . والقول بوجوب اخذها من طرف واحد يعتبر دليل قاطعا على عدم صلاحيتها اذ كيف ننصح بقبول الاحالة من طرف ثم ننصح الآخر بعدم قبولها .

٢ - الحجج القانونية :

وقالوا فيها ، ان الاساس القانوني الذي يستند اليه مؤيدو نظرية الاحالة

---

١ - ففي قضية فوركو - سالفة الذكر - لو عرض النزاع امام المحاكم البافارية إبتداءاً لاهدتها قواعد لاسناد في القانون البافاري الى العمل بالقانون الفرنسي ، فلو اخذ بالاحالة المقررة في هذا القانون لرجع الاختصاص الى القانون البافاري ، بينما ادى العمل بالاحالة عندما عرض الأمر امام المحاكم الفرنسية الى اعطاء الاختصاص الى القانون الفرنسي ، وبهذا اختلفت الحلول .

اساس خاطىء . لانه عندما تقرر قواعد الاسناد الوطنية تطبيق قانون اجنبي فانما تعني بذلك القواعد الموضوعية اي المتعلقة بحكم العلاقة موضوعة البحث وهي لا تعني قواعد التنازع لذلك القانون . ثم أن الدعوة الى التمسك بوحدة احكام القانون الاجنبي وعدم تجزئته والمطالبة بالاخذ بقواعد الاسناد للقانون الاجنبي المنوه عنه، فان الاخذ بهذه الحجة يلزمنا في الوقت ذاته الاخذ بقواعد القانون الوطني بصورة كاملة ودون تجزئة بتطبيق القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد فيه ، وهذا يوقعنا في حلقة مفرغة لا يمكن الخلاص منها ولا يتوصل القاضي الى القانون الواجب التطبيق ، مما يفقد اصحاب العلاقة الاطمئنان الى خضوع علاقتهم لقانون معين .

٣ ـ سلطة القاضي :

يستمد القاضي سلطته من قانونه الوطني لا من القانون الاجنبي الصادر من مشرع آخر ، ولذلك لا يلزم بالاخذ بالاحالة التي تقررها قواعد الاسناد للقانون الاجنبي . وهو ان فعل بغير ذلك فيكون قد خالف اوامر قانونه وخضع لاوامر القانون الاجنبي . وعلى القاضي ان يعمل بمقتضى القانون الذي اشارت اليه قواعد اسناد قانونه دون ان يقلق على مصير الحكم من حيث قابليته للتنفيذ في الخارج[١]

وقد اثرت حجج المعارضين في عدم انتشار وشيوع هذه النظرية ولم تاخذ بها كافة الدول . فلم ياخذ بها مثلا القانون الهولندي والايطالي (القانون المدني سنة ١٩٤٤) والقانون المدني اليوناني لسنة ١٩٤٦ ولم يؤخذ بها في جمهورية مصر العربية ولا في الجمهورية العربية السورية وكذلك لم يؤخذ بها في الاردن كما سنبين في ادناه .

ومع ذلك فهناك دول اخذت قوانينها بالاحالة كسويسرة والمانيا والسويد وهنكارية ويوغسلافيا واليابان وبعض دول امريكا الجنوبية وعملت بها محاكم كل من فرنسا وانكلترا[٢] .

١ ـ راجع في هذا دكتور حامد سلطان مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة يونية ١٩٤٨ في العوامل التي تعترض قانون الميراث .

٢ ـ راجع ادمون نعيم ـ القانون الدولي الخاص ١٩٦٧ ، ص ٦٨ .

واكثر الدول التي اخذت بالاحالة انما اخذت بها بدرجة واحدة وقيدت نطاقها في احوال معينة وبشروط خاصة ، هذا بالاضافة الى ان الاخذ بها لم يكن عن قناعة بصلاحيتها ، بل لما للغيرة الوطنية من دخل كبير في قبولها (١) وما يتسنى في ذلك من فرص اخرى يطبق فيها القانون الوطني بدلا من القانون الاجنبي . كما ان سهولة ومعرفة قواعد القانون الوطني لهما اثرهما في دفع بعض الدول الى قبول احالة القانون الاجنبي لقانونها لان الاخذ بالاحالة لقانونها يجنبها بعض المصاعب التي ترافق تطبيق القانون الاجنبي(٢) .

الاحالة وحكم القانون الاردني فيها : ـ

رفض القانون الاردني في المادة الثامنة والعشرين من القانون المدني الاخذ بالاحالة بقولها : ـ «اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص» .

وعلى القاضي الاردني عملا بهذا النص ، اذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي ، الا يطبق الا القواعد الموضوعية للقانون الاجنبي الذي اهدته اليه قاعدة الاسناد ولا محل بعد ذلك للنظر فيما يراه المشرع الاجنبي في قواعد اسناده .

وبطبيعة الحال فان ما قررته المادة (٢٨) من مبدأ رافض للاحالة هو كقاعدة عامة ومن الممكن ان يلحقها بعض الاستثناءات التي يقررها نص في قانون خاص (٣) او في اتفاقيات خاصة دولية . لان المادة (٢٤) من القانون المدني اجازت

---

١ ـ عبد الحميد وشاحي . القانون الدولي الخاص ، ص١٥٩ .

٢ ـ Tyan. C 216 .

٣ ـ وردت في قوانين بعض الدول نصوص خاصة تأخذ بالاحالة كاستثناء عن مبدأ رفضها للاحالة . مثال المادة ٤٦١ من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ والمادة ٢٨ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ . اذ جاء فيهما : «يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته ، فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة هي الواجب التطبيق» . راجع للمؤلف د. حسن الهداوي تنازع القوانين الطبعة الثانية ١٩٧٢ ، ص٩٦ ، وبالقانون الدولي الخاص ١٩٨٢ قسم التنازع ص٧٥ .

الخـروج عما تقرره قواعد الاسناد بنص خاص او اتفاقية بقولها «لا تسري احكام المواد السـابقـة اذا وجـد نص في قـانون خـاص او معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها» .

ومع ان المادة (٢٤) وردت سابقة للمادة (٢٨) من القـانون المدني فاننا نعتقد ان التـاخير والتـقـديم بينهما لا يعني قصر سريان المادة (٢٤) على قـواعد الاسناد السابقة لها لأن ما جاء في المادة (٢٤) يقيد كافة قواعد الاسناد وإن ما جاء بها ما هو الا تقرير لمبدأ قانوني عام مفاده ان النص الخاص يقيد النص العام وبالاضافة الى ذلك فـان مـا صودق عليه من قبل دولة من الدول باتفاقية دولية يصبح ملزما ومـقـيدا للقوانين الاخرى وبهذا المعنى اتت المادة ٣٣ من دسـتور المملكة الاردنية الهاشمية .

وورد نص خـاص يقضي بالاخـذ بالاحالة وهو الفقرة (ج) من المادة الرابعة من قانون رقم ٨ سنة ٩٤١ . فـفي الفـقـرة (أ) من هذه المادة اخـضـع توزيع الاموال المنقـوله للمـتـوفى الى قانون بلاده ثم وفي الفقرة (ج) منها اجيز الاخذ بالاحالة الى قـانون محل الاقـامـة او القـانون الديني بقولها «اذا كان قانون البلاد التي ينتمي اليـها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الاقامة او القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة» .

الاسناد الى قانون دولة تعدد فيها الشرائع (التفويض) : ـ

قـد تشير قاعدة الاسناد الى اختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فكيف يتم عندئذ تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ؟

عالج المشرع الاردني هذا الموضع في المادة (٢٧) من القانون المدني حيث نصت بانه «اذا ظهـر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قـانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها» .

يتبادر الى الذهن في اول وهلة عند قراءة هذا النص أن المشرع قد قرر بموجبه الاخذ بالاحالة . ولكنه في واقع الامر لا يتضمن أي إقرار للاخذ بهذا المبدأ وانما وفي حالة تعدد الشرائع في الدولة التي رسى الاختصاص الى قانونها ترك هذا النصِ امر تحديد وتعيين الشريعة الواجبة التطبيق الى قواعد التنازع الداخلي في تلك الدولة . اي انه وبهذا النص قد فوض القانون الاجنبي المختص في امر الفصل في التنازع الداخلي في تلك الدولة. وهذا مايطلق عليه التفويض Délegation والتفويض يختلف عن الاحالة. ذلك لانه في الاحالة يتخلى القانون المعين عن ولايته لقانون دولة اخرى اما في التفويض والذي قررته المادة (٢٧) مدني فان القانون المختص ينحصر دوره في تركيز الاختصاص في شريعة من شرائعه المتعددة .

وتعدد الشرائع في الدولة قد يكون سببه تعدد الاقاليم كالولايات المتحدة الامريكية المتكونة من عدة ولايات لكل ولاية قوانينها . وقد يكون تعدد الشرائع تعددا شخصيا في الدولة الواحدة التي تتعدد الطوئف فيها لكل طائفة قواعدها الخاصة مثال ذلك لبنان الذي تطبق فيه قواعد للمسلمين واخرى للمسيحيين للدروز .

فلو إعتبرت قواعد الاسناد في القانون الاردني ان القانون المختص هو القانون الامريكي وكانت قواعد الاسناد للقانون الامريكي تعطي الاسناد للقانون الفرنسي فاننَا والحالة هذه نكون في صدد احالة . وهي مرفوضة من قبل المشرع الاردنى ولذا لا يؤخذ بها . ولكن لو كان القانون الامريكي يبقي العلاقة في دائرة اختصاصه غير انه متعدد بتعدد الولايات فاي منهم نوليها الاختصاص؟ اجابتنا عن هذا السؤال المادة (٢٧) من القانون المدني بتركها امر تعيين الشريعة التي يلزم تطبيقها الى القانون الامريكي . فالقانون الامريكي هو الذي يعين اية شريعة من شرائعه لتحكما لعلاقة موضوع النزاع .

نطاق تطبيق المادة (٢٧) : ـ

عالجت المادة ٢٧ من القانون المدني حالة الاسناد الى قوانين دولة تتعدد فيها

الشرائع بتفويضها القانون الداخلي لتلك الدولة تعيين الشريعة الواجبة التطبيق .

وقد اثار تطبيق فكرة التفويض المقررة بمثل هذا النص نقاشا بين فقهاء الدول التي اخذت قوانينها بالتفويض . ويدور هذا النقاش حول نطاق تطبيق فكرة التفويض .

فهل يعمل به في كافة انواع تعدد القوانين اقليميا كان او شخصياً وهل يعمل به بصفة مطلقة ، ايا كان ضابط الاسناد في قاعدة الاسناد لقانون القاضي ؟

ثم ما الحكم اذا كان القانون ، في الدولة المتعددة الشرائع والذي اشارت اليه قاعدة الاسناد لا يتضمن قواعد لحل التنازع الداخلي ؟

فيما يتعلق بصور التعدد : يرى غالبية شراح قوانين الدول التي اخذت بالتفويض بانه مادام النص جاء بشكل مطلق فان نطاق تطبيقه يشمل صور التعدد المختلفة ولا فرق في ذلك اذا كان التعدد اقليميا او شخصيا لان هذه الشرائع تكون في جملتها قانون هذه الدولة[1] .

واما فيما يتعلق بنطاق النص من حيث ضوابط الاسناد التي تبنى عليها قاعدة الاسناد : وهي الجنسية وارادة المتعاقدين وضوابط مكانية كالموطن ومحل وقوع الفعل المنشيء للالتزام ومحل ابرام التصرف القانوني . فقد ظهر تباين في وجهات النظر حولها . فمن الشراح من يرى العمل بقواعد تنازع القوانين الداخلية للدولة الاجنبية في حالة ما اذا كانت هذه الدولة قد تعينت بضابط الجنسية . كما لو اعطت قاعدة الاسناد في قانون القاضي الاختصاص الى قانون جنسية الشخص فتحديد القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته لا يمكن ان يتم الا بمقتضى قواعد تنازع القوانين الداخلية للدولة التي

---

١ ـ أنظر حسن بغدادي . الاسناد الى قوانين الدول المتعددة الشرائع ،مجلة الحقوق سنة ٤ العدد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، دكتور عز الدين عبد الله .القانون الدولي الخاص ، ١٩٧٢ ، ص١٨٦ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ، ص١١٦ ، مذكرات دكتور ماجد الحلواني . الكويت سنة ١٩٧٣ ص٥٩ ، للمؤلف د. حسن الهداوي . تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، ص٨٦ .

ينتمي اليها الشخص بجنسيته . لان ضابط الجنسية لا يمكن ان يؤدي بذاته الى تعيين اية شريعة ، من شرائع الدولة المتعددة ، هي الواجبة التطبيق (١) . ولهذا ليس امامنا للتعرف على الشريعة الواجب تطبيقها الا بالرجوع الى القواعد الداخلية للقانون المختص والتقيد بها ، بينما يدعو هؤلاء الشراح الى عدم التقيد بالقواعد الداخلية للدولة الاجنبية اذا كان تعيينها قد تم بمقتضى ضوابط الاسناد المكانية كموطن الشخص او محل العقد او محل وقوع الفعل المنشيء للالتزام . كما لو اعطت قاعدة الاسناد في قانون القاضي الاختصاص في الشكل لمحل اجراء التصرف القانوني ولنفترض بان التصرف قد تم في الولايات المتحدة الامريكية المتعددة الشرائع بتعدد الاقاليم فيها ، ففي هذه الحالة تكفي قاعدة الاسناد ذاتها لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق ، فهي - حسب هذا الرأي - تقودنا الى تطبيق قانون الولاية التي أجرى فيها التصرف . ولا حاجة بنا الى الرجوع الى القانون الداخلي للولايات المتحدة الامريكية ولسنا ملزمين بالتقيد بما هو وارد في حلول تنازع القوانين الداخلي .

وكذلك لو كان ضابط الاسناد الذي عين الدولة الاجنبية التي اعطى الاختصاص لقانونها ، هو ارادة المتعاقدين وكان القانون الذي اختاره المتعاقدان لدولة تتعدد فيها الشرائع ففي هذه الحالة ، يقول اصحاب هذا الرأي انه لا حاجة للعمل بقواعد التنازع الداخلية كلما عينت الارادة صراحة او ضمناً اياً من الشرائع المتعددة يراد العمل بها ، ولا يرجع الى قواعد التنازع الداخلي الا اذا لم تتجه الارادة الى تعيين الشريعة الواجبة التطبيق .

وعلى خلاف ذلك يرى فريق آخر من الشراح وجوب العمل بالتفويض بصورة مطلقة . وهم يذهبون الى وجوب التقيد بقواعد تنازع القوانين الداخلية للقانون الواجب التطبيق ايا كان الضابط المبنية عليه قاعدة الاسناد سواء اكان الجنسية ام الموطن ام محل اجراء التصرف ... الخ . لان وظيفة قواعد الاسناد تقتصر على تعيين قانون الدولة في مجموعه . لا تعيين القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق -

١ - حسن بغدادي ، المذكور ، نقلاً عند دكتور منصور مصطفى منصور المذكور ص١٢٣ .

ويتكفل قانون الدولة التي أُعطي الاختصاص بتركيزها في مكان داخل الدولة لتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق .

وبخصوص الافتراض المتعلق بعدم وجود قاعدة في القانون الاجنبي الواجب التطبيق والمتعدد الشرائع لحل التنازع الداخلي فيما بين شرائعه المتعددة . ويلحق بهذا الافتراض حالة ما اذا كانت قواعد التنازع الداخلي للدولة الاجنبية تعتمد في حلها للتنازع الداخلي على معيار التوطن وتبين ان الموطن كان في دولة اجنبية عندها فإن هذا القانون ـ قانون الموطن ـ الذي حددته قواعد التنازع الداخلي لا يمكن الاخذ به لان العمل به يؤدي الى القبول بالإحالة وهو ما ترفضه المادة ٢٧ . أي أن رفض الاخذ بقاعدة التنازع الداخلي يؤدي الى كون القانون المعني خال من قاعدة لحل التنازع ، الداخلي وفي كلتا الحالتين (حالة عدم وجود قاعدة لحل التنازع وحالة وجود قاعدة تعطي الاختصاص لقانون الموطن وهو في دولة اجنبية) يتعين تحديد الشريعة الواجبة التطبيق . فكيف يتم ذلك ؟

يرى الفقهاء ضرورة استعانة القاضي بضابط تكميلي لتعيين اية شريعة من الشرائع المتعددة واجبة التطبيق . ففي حالة كون قاعدة الاسناد في قانون القاضي تستند الى ضابط الجنسية وكانت الدولة التي اعطي الاختصاص لقانونها تتكون من عدة دويلات فعليه ان يستعين «بفكرة الرعوية» او فكرة شريعة الموطن او شريعة محل الاقامة . او تطبيق الشريعة الرئيسية اي شريعة العاصمة او الشريعة الغالبة . وفي حالة كون قاعدة الاسناد في قانون القاضي مبنية على ضابط مكاني ، ان يستخدم هذا الضابط نفسه لبيان الاختصاص التشريعي[1] .

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك ، دكتور منصور مصطفى منصور ، المذكور ، ص١٢٤ الى ١٢٦

الفصل الثالث

قواعد الاسناد في القانون الاردني ومجالات تطبيق القانون الأجنبي

جـاءت التشريعات الوضعية متفاوتة في حلولها لمشكلة تنازع القوانين ولم تأخذ بأقليـمـيـه القـوانين او شـخـصـيـتها كل على انفراد وانما عملت وبشكل مختلف بالمبدأين في آن واحد .

والقـانون الاردني شأنه في ذلك شأن القـوانين الاخرى لم يتمسك بشكل مطلق باحـد هذين المبدأين دون الآخر وانما أخذ بمبدأ اقليمية القوانين بصفة اصلية ولم يتنازل عن اخـتـصـاص القانون الاقليمي (الوطني) إلا في الأحوال التي تشير فيها قـواعـد الإسناد الى الأخـذ بالقـانون الأجنبي . فـالأصل في الاخـتـصـاص للقانون الوطني ، ويكون القـانون الاجنبي مختـصـاً في الأحـوال التي تشير قواعد الاسناد الوطنية إلى ذلك .

وقـد وضع المشرع الاردني قـواعـد اسناد بالنسـبة للطوائف الرئيسية للمراكز والعـلاقـات القانونية وقرر لكل مجموعة منها قواعد تعين القانون الواجب التطبيق وتناولت هذه القـواعـد تحـديد القـانون الواجب التطبـيق على الاشخاص (الاحوال الشـخـصـيـة) والقـانون الواجب التطبـيق على الاموال (الاحوال العينية) ، ثم على التصرفـات والوقائع القانونية (الالتزامات) ثم قواعد تعين القانون المختص في حكم شكل التصرف ، وللاحاطة بأحكام هذه القواعد سنتولى كل منها على انفراد .

المبحث الاول
الاشخاص

في هذا المبحث نتولى دراسة الاشخاص ، حالة الشخص ، والشخص قد يكون طبيعياً وقد يكون اعتباريا ، والحالة الشخصية لكل منهما لها قواعدها . لذلك نبدأ في التعرف على مفهوم الاحوال الشخصية ثم ننتقل الى الاحكام الخاصة بكل منهمَا.

الاحوال الشخصية

الاحوال الشخصية هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة ، وبعلاقته باسرته والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن او الجنسية .

والدول المتأثرة بالافكار الاقطاعية تخضع مثل هذه العلاقات الى قانون الموطن للشخص الذي تخصه العلاقات القانونية . وهذا ما هو ماخوذ به في كل من القانون الانجليزي والدنماركي والنرويجي وقانون الولايات المتحدة الامريكية ، في حين تذهب دول اخر الى اخضاع الاحوال الشخصية الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته .

ويبرر اعطاء الاختصاص في الاحوال الشخصية لقانون الموطن في ان العرف والتقليد التاريخي استقرا على اعطاء الاختصاص في ذلك لقانون الموطن . فمنذ الوقت الذي اهتم فيه المعلقون (اهل الحواشي) بوضع القواعد الخاصة بتنازع القوانين اسندوا الاحوال الشخصية لقانون الموطن لأن في ذلك تتحقق مصلحة الفرد ومصلحة الاغيار ، ذلك لان الفرد الذي يتوطن في دولة من الدول وبخاصة المهاجر يندمج في اغلب الاحيان في المجتمع الذي يعيش فيه ويكون من مصلحته ان يطبق عليه قانون البلد الذي وجد فيه موطنه ، وكذلك من مصلحة الاغيار الذين يتعاملون معه ان يتعاملوا في ضوء قواعد الموطن الذي يسهل عليهم التعرف عليه

لارتباطه بواقعة مادية واضحة للعيان وهي التوطن .

اما انصار قانون الجنسية فيستندون الى ان هذا القانون هو قانون الوسط الاجتماعي للشخص وهو يعتبر اصلح من غيره لحل التنازع المتعلق باحواله الشخصية لانه قانون البيئة التي ينتمي اليها الفرد الذي يلائم مزاجه واخلاقه والمظاهر القانونية لشخصه وعلى الاخص تلك التي تتعلق بحياته العائلية ، ثم ان القوانين المتعلقة بحالة الفرد واهليته هدفها حماية الفرد والعائلة ولا تتحقق هذه الحماية او هذا الهدف الا بتغليب صفة الاستمرار لهذه القواعد لتستمر في ملاحقة من وضعت القواعد لحمايته وتطبق عليه حتى لو تواجد خارج الدولة التي ينتمي اليه .

ومما يبرر اعطاء الاختصاص في الاحوال الشخصية للقانون الشخصي كون الفرد غير قابل للتعدد والانقسام لذلك وجب ان يكون للقانون المتعلق بشخصه ذات الصفة ، وتبعا لذلك يلزم ان يكون النظام الذي يحكم اهليته ونسبه وزواجه واحدا بصورة مستمرة بدون تجزئة ، فالزواج مثلا سيكون حكمه واحدا في مثل هذه الحالات ولا يكون صحيحاً تارة واخرى باطلا تبعا لاخضاعه لهذا القانون او لذلك . ولا يمكن ان يتم هذا الاستقرار في العلاقات القانونية ألا في قانون الجنسية، وإعطاء الاختصاص لقانون آخر مثل قانون الموطن القابل للتغيير فانه لا يحقق هذا الاستقرار ذلك ان علاقة الجنسية اكثر قوة وصلابة من علاقة الموطن والتي يستطيع الفرد تغييرها بسهولة . اما تغيير الجنسية فامر نادر عملا . هذا من الناحية ومن ناحية اخرى يثير تحديد الموطن وتعيينه بعض الصعوبات خصوصا بالنسبة للاشخاص الذين يقطنون في جهات مختلفة .

وخلاصة القول ان سهولة تغيير الموطن وتحديده ترتبان نتيجة خطيرة هي عدم ثبات القانون الذي يحكم الاحوال الشخصية للفرد وصعوبة التعرف عليه . لذلك يفضل اعطاء الاختصاص في الاحوال الشخصية لقانون الجنسية وبه يتحقق الاستقرار في العلاقات العائلية .

ان تبني احـد هذين المبدأين (قانون الموطن او قانون الجنسية) في حكم الاحوال الشـخـصـية يتوقف على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة ، وبخاصة ما اذا كانت دولة مصدرة او مستوردة للسكان .

وقـد اخـضـع المشرع الاردني الاحـوال الشـخـصـية لقانون الجنسية لا لقانون الموطن ، كما يظهـر من قـراءة النصـوص الخاصة بحل تنازع القوانين . وعبر عن ذلك بتـعـبيرات مختلف كـ (قانون الدولة التي ينتمي اليه الشخص بجنسيته مثلا وقانون الموصي وقانون المورث وقانون المدين بالنفقة)[1] .

وعند تطبـيق هذه النصوص قد تعترضنا صعوبة تحديد قانون جنسية شخص من الاشـخـاص بسبب تعدد الجنسيات او انعدامها فيه أو بسبب تغييره لجنسيته مما يتطلب منا بادىء ذي بدء تحـديد الجنسـيـة التي يعـتـد بها لتـعيين القانون الشخصي . وهذا ما سنبحثه فيما يلي : ـ

تعدد الجنسيات :

اذا ظهـر ان الشـخص المراد تحـديد قـانون جنسـيته له اكثر من جنسية فيتم تعيين قانونه الشخصي على النحو الآتي :

اذا كـانت جنسـيـة دولة القاضي المرفوع امامه النزاع احدى الجنسيات المتعددة فـالعبرة هنا بجنسية القاضي ، اذ يلزم تغليبها واعتبار الشخص المراد تحديد قانون جنسـيته بأنه من جنسية دولة القاضي ومن ثم اعطاء الاختصاص بالنسبة لاحواله الشخصية لقانون هذه الجنسية .

وقـد اخـذ المشرع الاردني بهذا الاتجاه في المادة (٢٦) من القـانون المدني حين نص فيها على ما يلي : ـ

«......... على ان الاشـخـاص اللذين تثـبت لهم في وقت واحـد الجنسية الاردنية

---

١ ـ المواد ١٢ ف١ و ١٨ فقرة ١ ، ٢ من القـانون الاردني . وبنفس الحكم اخـذ القانون المدني العـراقي والقانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . راجع للمـؤلف الدكـتـور حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي سنة ١٩٧٤ ص١٣٧ .

وجنسية دولة اجنبية اخرى فان القانون الاردني هو الذي يجب تطبيقه» .

وهذا النص اوجب تفضيل قانون الجنسية الاردنية وهو هنا قانون جنسية القاضي المرفوع امامه النزاع على قوانين الجنسيات الاخرى التي يحملها متعدد الجنسيات ، ويكون ذلك بتطبيق القانون الاردني في كل الاحوال التي يعطى فيها الاختصاص لقانون الجنسية كلما كانت الجنسية الاردنية احدى الجنسيات التي يتمتع بها الشخص المراد تحديد احواله الشخصية .

ولا يخفى ان هذا النص لم يقصد منه تفضيل احكام قانون الجنسية الاردنية على قانون الجنسية الاجنبي ، لان التوصل الى هذه النتيجة يتم حتى في حالة عدم وجود مثل هذا النص وذلك بمقتضى القواعد العامة التي لا تجيز للقانون العام الاجنبي ان ينافس ويزاحم قانونا عاما وطنيا . وان اهمية الفقرة الاخيرة من المادة ٢٦ من القانون المدني تظهر بوصفها قاعدة تحدد ظرفا من ظروف الاسناد لا قاعدة لحل التنازع بين قوانين الجنسية .

اما إذا كانت الجنسيات المتعددة أجنبية جميعها ولم تكن من بينها جنسية القاضي المرفوع امامه النزاع ، فالراجح هو ان العبرة عندئذ تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف ان الشخص كان اكثر ارتباطا بها (١) ويغلب القاضي هذه الجنسية لاعطاء الاختصاص في الاحوال الشخصية لقانونها .

وقد آثر المشرع الاردني ان يترك للقاضي حق تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذي ثبتت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ولم تكن الجنسية الاردنية من بينها . كما ورد في المادة ٢٦ مدني : ـ «تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد» .

---

١ ـ للمؤلف الدكتور حسن الهداوي . الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي ، الطبعة الرابعة ١٩٨٠ ، ص٥٧ ، وكذلك راجع له الجنسية ومركز الاجانب واحكامه في القانون الكويتي . ١٩٧٣ ، ص٦٧ للاطلاع على احكام هذين القانونين .

وبالطبع يتحتم على القاضي الاردني لتعين القانون الواجب التطبيق ان يحدد اولا انتماء متعدد الجنسيات الى احدى هذه الجنسيات ، ويتم هذا بالاستعانة بفكرة الجنسية الفعلية. ويعزز هذا الرأي ما يستخلص من الاعمال التحضيرية للقانون المصري (١) . والذي هو في الواقع المصدر التارخي للقانون المدني الاردني .

وفي حالة انعدام الجنسية ، اي كون الشخص لا يتمتع بجنسية من الجنسيات يميل الرأي الغالب الى اعطاء الاختصاص في الاحوال الشخصية الى قانون الموطن فان لم يكن له موطن فينسب الاختصاص لقانون محل اقامته (٢) المادة ٢٦ من القانون المدني الاردني اعطت للمحكمة حق اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

وبديهي ان ترك امر تحديد القانون الواجب التطبيق للقاضي يعني ان على القاضي الاردني ان يعتمد في تعيينه للقانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية ، على فكرة التوطن او الاقامة في دولة ما .

واذا تعذر تعيين موطن او محل اقامة عديم الجنسية ، فقد استقر العرف الدولي على ان يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الاحوال الشخصية لعديم الجنسية .

تغيير الجنسية :

واخيرا تواجهنا في حالة تغيير الجنسية صعوبة اخرى تتعلق بتحديد قانون الجنسية وما اذا كان يؤخذ بقانون الجنسية القديمة او بقانون الجنسية الجديدة .

وقد اختلفت التشريعات في هذا الشأن وجاءت احكامها بحلول مختلفة ، وهذا ما سنأتي عليه في بحث التنازع المتغير وستجد بأن المشرع الاردني قد اورد بعض

---

١ ـ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الاول ص٣١٠ .

٢ ـ د. جابر جاد عبد الرحمن . القانون الدولي الخاص العربي ص٢٦٢ ـ ٢٦٣ . وانظر مؤلفنا الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون الكويتي سنة ١٩٧٣ ص٧٣ .

النصوص (١) لحل هذا التنازع بتعين القانون المختص مع ضبط الوقت . فاخضع مثلا الوصايا لقانون الموصي وقت موته . وجعل الاختصاص في الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى .. الخ .

موقف المشرع الاردني في الاحوال الشخصية :

يتضح من قواعد تنازع القوانين ان المشرع الاردني اعطى الاختصاص في الاحوال الشخصية لقانون الجنسية . ونص على ذلك في مناسبات متعددة بتعبيرات مختلفة سبقت الاشارة اليها .

ولكن ما المقصود بالاحوال الشخصية ؟ وماالموضوعات التي تدخل في نطاقها؟

اِن تحديد ما يدخل في الاحوال الشخصية يختلف من دولة الى اخرى فيقتصر هذا الاصطلاح في بعض الدول على الحالة والاهلية (٢) . في حين يشمل في دول اخرى الى جانب ذلك الوصايا والميراث والنسب والنفقة(٣) .

وعرفتها محكمة النقض المصرية بقولها ان «المقصود بالاحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها اثراً قانونيا في حياته الاجتماعية كون الانسان ذكرا او انثى وكونه زوجا او ارملا او مطلقا او اباً او ابناً شرعيا او كونه مطلق الاهلية او مقيدا بسبب من اسبابها القانونية(٤) .

ولم يعرف اصطلاح الاحوال الشخصية في الاردن الا في وقت قريب لانه غير معروف في الشريعة الاسلامية وقد اقتبسه المشرع الاردني من التشريعات الاخرى

---

١ ـ المادة ٢٣ فقرة اولى والمادة ١٩ فقرة ٤ والمادة ١٩ فقرة ٣ .

٢ ـ ادمون نعيم . القانون الدولي الخاص ، ١٩٦٧ ، فهو يعرف الاحوال الشخصية بمجموعة التشريعات التي تنسب اهلية الاشخاص واحوالهم ص١٢٣ .

٣ ـ محمد حسن الذهبي . ١٩٥٨ ، الاحوال الشخصية بين اهل السنة ومذهب الجعفرية ص١٤ ، «ويطلق رجال القانون لفظ الاحوال الشخصية على ما يتعلق بشخص الانسان كالزواج والطلاق والنسب والميراث والنفقة وما الى ذلك» .

٤ ـ راجع علاء الدين خروفة . شرح قانون الاحوال الشخصية ص٣٠ سنة ١٩٦٢ .

وجاء قانون الاحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ٩٧٦ متضمنا احكام بعض المسائل التي تعتبر من الاحول الشخصية دون ان يخوض في تحديد المقصود من الاحوال الشخصية الاخرى . كما لم يشر القانون المدني في النصوص المتعلقة بتنازع القوانين الى هذا الاصطلاح ، وانما اورد صورا من مسائل الاحوال الشخصية وحدد في الوقت ذاته القانون المختص في حكم كل مسألة منها .

على ان خلو القوانين من تعريف شامل جامع لموضوعات الاحوال الشخصية لا يمنعنا من معرفة المسائل التي يشملها هذا الاصطلاح وذلك بالرجوع الى نصوص الواردة في هذا الشأن .

ومن الرجوع الى القوانين ، مثل قانون الاحوال الشخصية المرقم ٦١ لسنة ٩٧٦ والقانون المدني (١) ، نخلص الى ان الموضوعات التي تعتبر من الاحوال الشخصية هي : الزواج ، والولادة ، النسب ، الحضانة ، النفقة ، الوصية ، الميراث، والاهلية ، والولاية .

وكقاعدة أساسية فإن المشرع الاردني اخضع كل هذه المسائل لضابط عام للاسناد هو الجنسية اذ بمقتضاه يتحدد القانون الواجب التطبيق ولمعرفة نطاق القانون الواجب التطبيق ووقت تحديده يقتضي ان نفرد لكل موضوع دراسة تفصيلية .

ـ الحالة ـ

يتعين ان نفرد دراسة خاصة الى حالة الشخص الاعتباري لمعرفة القانون الذي يحكم نظامه القانوني ثم ننتقل الى دراسة حالة الشخص الطبيعي .

أولاً ـ الشخص المعنوي

الاشخاص المعنوية (الاعتبارية) شركات أو جمعيات أو مؤسسات لها ، كما يقول البعض، «جنسية» وهي تعني انتساب الشخص الاعتباري لدولة من الدول ،

١ ـ راجع المواد من ١٢ الى ١٩ ق. مدني ، وراجع مفهوم الاحوال الشخصية .

ولها شخصية واهلية وقانون يحكم ـ كقانون الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي ـ حالة الشخص الاعتباري ونشاطه وقد اخضعت الفقرة الثانية من المادة (١٢) من القانون المدني الاردني حالة الشخص الاعتباري ـ كقاعدة اساسية ـ لقانون مركز ادارته الرئيس الفعلي ، اما اذا كان الشخص الاعتباري قد باشر نشاطه الرئيسي في الاردن فقد اخضعته الفقرة الثانية من المادة ١٢ مدني للقانون الاردني ولو كان مركز ادارته الرئيسي الفعلي في الخارج . فقد جاء فيها ما يلي : ـ

«اما النظام القانوني للاشخاص الحكمية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادراتها الرئيسي الفعلي ، فاذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الاردنية الهاشمية فان القانون الاردني هو الذي يسري» .

ويقصد بمركز الادارة الرئيسي الفعلي المكان الذي تتركز فيه الادارة العليا والتوجيه الرئيسي والرقابة على الشخص الاعتباري وهو الذي يتم فيه اجتماع مجلس الادارة والجمعية العامة وتوجد فيه مكاتب الادارة . وعمد المشرع الى ضابط المركز الفعلي ليستبعد المركز الصوري الذي يتخذه الشخص الاعتباري بقصد التهرب من قانون دولة معينة .

وقد ادخل القانون الاردني على القاعدة التي تخضع حالة الشخص الاعتباري الى قانون المركز الرئيس الفعلي استثناء لصالحه حيث اخضع النظام القانوني لشخص الاعتباري للقانون الاردني ولو كان مركز الادارة الرئيسي الفعلي في الخارج ، متى كان الشخص الاعتباري يباشر نشاطه الرئيسي في الاردن[١] .

واعمال المادة (١٢) فقرة (٢) يفرض علينا ان نرجع الى قانون الدولة التي وجد فيها المركز الرئيسي الفعلي او الى القانون الاردني وذلك اذا باشر الشخص

---

١ ـ فلو مارست شركة اجنبية نشاطاً اقتصادياً كبيراً في الاردن فانها تخضع للقانون الاردني حتى لو كان مركز ادارتها الرئيسي الفعلي في الخارج . وبهذا يقطع دابر كل تحايل على القانون الاردني .

الاعـتـبـاري نشاطه الرئيسي في الاردن لتحديد الحالة القانونية للشخص الاعتباري ونشاطه فيرجع الى القانون الذي عينته الفقرة (٢) من المادة (١٢) مدني في كل ما يتـعلق بأنشـاء الشـخص الاعـتـبـاري كأنعقاد الجمعية العمومية ومجلس الادارة وتحـديد اخـتـصـاصـات الاجـهزة الادارية التابعة له واهليته وإنقضاءه وانحلاله وتصفيته وتقسيم امواله .

ويـمـكـن تطبـيق ذات الحكم المقـرر في المادة (١٢) بالنسـبـة للنظام القانوني للاشـخـاص الاعـتـبارية الاجنبية الاخرى من شركات وجمعيات دولية والمشاريع والمؤسسات العامة الاجنبية او دولية اي التي تشـترك فيها اكثر من دولة[١] .

وينحصر نطاق اخـتـصـاص قـانون مـركـز الادارة الرئيسي الفعلي او القانوني الأردني اذا كـان الشـخص الحكمي يباشر نشاطه في الاردن ، بحكم حالة الشخص الاعـتـبـاري ، امـا العلاقات القانونية التي يمارسـها الشـخص الاعتباري فيحكمها القـانون الذي تشير اليـه قـاعدة الاسناد . كقانون الارادة او قانون موقع المال او قانون محل اجراء التصرف .. الخ مما سنأتي على دراستها لاحقاً .

ثانياً ـ الشخص الطبيعي

يتـضـمن اصطلاح الحـالة بمعناها المطلق نوعين : الحالة العامة والحالة المدنية للشخص .

الحـالة العـامة هي مركز الشخص من الدولة كأرتباطه بها برابطة الجنسية او الموطن وقواعدها تخرج عن موضوع دراستنا في هذا المجال لانها من القانون العام ولا مجال لظهـور تنازع للقوانين بين قواعدها وقواعد القوانين الاجنبية .

اما بالنسبة للحالة المدنية فمن الممكن ان يثور بشأنها مشكلة تنازع القوانين .

---

١ ـ راجع في كل مـا تقـدم دكـتـور عز الدين عبد الله . القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ، ١٩٧٢ ، ص٢١١ دكتور شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب ، ١٩٦٠ ـ ١٩٦١ ، ص٦٧٦ . دكتور هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ١٩٧٤ ص٤٠٩ . دكتور فؤاد رياض مركز المشروعات العامة ص١٨٢ .

ويقصد بالحالة المدنية جملة الصفات التي تلحق الشخص وهي تقوم على اسس من الواقع كـالسن والذكورة والانوثة والحجر وكذلك على مجموعة المراكز القانونية التي تحـدد مـركـز الشخص من اسرته كالزواج والابوة والبنوة ، فحالة البالغ سن الرشـد غير حـالة القـاصر وحـالة المرأة غير الرجل ، وحالة المشمول بالولاية غير حالة المشمول بالوصاية او القوامة.

وقـد تضـمن القانون المدني رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٦ قـواعـد اسناد خاصة حدد بمـقـتـضـاها قـانون الجنسـية مع ضبط الوقت الذي يتحدد فيه القانون الواجب التطبـيق بالنسـبـة لصـفـات الحالة كالاهلية والزواج والطلاق والنسب وغير ذلك ، وسـوف تكون دراسة هذه الصفات موضوع بحثنا عند دراسة مركز الشخص من اسرته . امـا الآن فأن عنايتنا تتركـز على الاهليـة لتـحـديد القانون الذي يحكمها والعـوارض التي تتنتـابها والاسـتـثناءات التي تتـحـملهـا قـاعدة الاسناد الخاصة بالاهلية .

ـ الاهلية ـ

La Capacité

من المســائل المهمة التي تدخل ضمن الاحوال الشخصية هي الاهلية والتي يجب اخـضـاعـهـا للقـانون الشـخصي ، اي للقانون الاردني بالنسبة للاردنيين وقانون جنسية الاجنبي بالنسبة للاجانب .

والاهليـة بمـفـهـومـها العام هي صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه واجـبـات وصـلاحـيته لاستعمال هذه الحقوق واداء هذه الواجبات . الاهلية سواء تعلقت بالروابط العـائليـة او بالروابط المدنيـة والتـجـارية يلزم اعطاء الاختصاص فـيـهـا لقانون الجنسية، ذلك لان القواعد المنظمة لها ما وضعت الا لضمان حماية الفـرد ولا تتـحـقق هذه الحماية الا باخضاع الاهلية لقانونه الشخصي المستمد من حاجاته وظروفه ، ولذلك تذهب غالبية القوانين الى اخضاعها لقانون الجنسية وهذا مـا اخـذ بـه كـل من القـانون المدني العـراقي في المادة (١٨) والـقـانون المدني في

جمهـورية مصر العربية في المادة ١١/ ١ والقـانون المدني السوري في المادة ١٢/ ١ والقـانون المدني الليبي في المادة ١١/ ١ والقـانون الكويتي في المادة ٣٥ من قانون رقم ٥ لـسنة ١٩٦١ وهو مـا اسـتـقـر عليـه العـمل في لبنان (محكمـة مختلطة ٢٨/ ٤/ ١٩٣٨ و٣١/ ١٢/ ١٩٤١ و٨/ ٧/ ١٩٣٦) واتبع كـذلك في كل من سويسرا وفـرنسـا وايطاليـا والمانيـا والبرازيل . وهذا مـاتطرقت اليه الفقرة الاولى من المادة الثانية عشر من القانون المدني الاردني بقولها .

«يسري على الحـالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم .....» .

وبنفس الاتجـاه ذهبت الفقرة (٢) من المادة ١٣٠ من قـانون التـجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ اذ أخـضـعت اهليـة الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب كقاعدة اساسية الى قانون بلده اي الى قانون جنسيته بقولها :

«يرجع في اهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلده ......» .

وطبـيـعي ان العبرة بقانون جنسية الشخص وقت وجوب الحق او وقت إجراء التصرف القـانوني . هذا اذا كـان اخـتـصاص قانون الجنسية يعتبر شاملا لأهلية الوجوب واهلية الاداء .

غير ان مـا يقـصـد بالاهلية في النصوص الانفة الذكر المادة (١٢) من القانون المدني الاردني ، المادة ١٣٠ من قـانون التـجـارة هو اهليـة الاداء والتي محورها التـمييز اي صلاحية الشخص لاجراء التصرفات القانونية ، وقد اعطى الاختصاص فـيـها لقانون الجنسية . اما اهلية الوجوب فان الاختصاص فيها لايخضع لقانون واحـد ، بل يختلف القـانون بحـسب الحق الذي يراد مـعـرفة ما ذا كان الشخص يتمتع او لا يتمتع به . فحقه في الميراث مثلا يخضع لقانون المتوفى لا لقانونه وحقه في تملك العـقـار يخضع لقـانون البلد الذي وجـد فـيه العقار لا لقانون جنسيته . وبعـبـارة اشـمل ان اهليـة الوجـوب (اهليـة الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات) تخضع للقانون الذي تعينه قاعدة الاسناد المختصة .

ويخرج ايضاً من اختصاص قانون الجنسية ويلحق بأهلية الوجوب عدم الاهلية الخاصة وهي التي محورها اوصاف خاصة في الشخص ككونه موظفا في المحكمة فيمنع من شراء الحقوق المتنازع عليها ، او انه طبيب فيمنع من تلقي تبرع من مريضه مرض الموت وكون المرأة متزوجة فتمنع في بعض القوانين ، من القيام ببعض التصرفات الا بأذن من زوجها . فهذا المنع يخضع للقانون الذي يحكم التصرف لا لقانون جنسية المرأة[1] .

ولا يدخل في اختصاص قانون الجنسية الاهلية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية اذ تخضع للقانون المحلي (قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشأة للالتزام) .

وبذلك فان الاهلية المنصوص عليها في المادة (١٢) من القانون المدني وفي النصوص الاخرى السالف ذكرها تنصرف الى اهلية الاداء فقط وهي التي اخضعها القانون الاردني لقانون الجنسية ، وبمقتضى هذا القانون تحدد سن الرشد والحالة اللازمتين لكمال الاهلية .

اذ تشترط القوانين لكمال الاهلية بلوغ سن معينة ، سن الرشد ، كالحادية والعشرين من العمر بالنسبة للكويتيين والخامسة والعشرين بالنسبة للمكسيكيين ، والثامنة عشرة بالنسبة للاردنين وما دام المرء لم يدرك بعد السن المقررة في قانون جنسيته فيعتبر ناقص الاهلية ويرجع الى قانون جنسيته لتحديد قدرته على اجراء تصرفات قانونية صحيحة .

وقد لا يكفي ادراك سن الرشد لكمال اهلية المرء فقد تتأثر اهليته بحالته ككونه ذكرا او انثى متزوجا او اعزب ارملة او مطلقة وهذا ما سنأتي على بحثه عند دراسة روابط الاسرة ، وقد تكون اهليته غير كاملة ككونه مجنونا ، او معتوها او محجوراً عليه او تحت الولاية حيث وضعت نظم خاصة لحمايته ، فالمادة ١٧ من

١ ـ راجع دكتور منصور مصطفى المذكور ص٢٥٠ ، عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، الطبعة السابعة ص٢٣٣ . فلو كفلت إمرأة أجنبية شخصاً في الاردن وقدمت عقاراً لها في الاردن ، رهناً لهذه الكفالة ، فالكفالة صحيحة حتى لو كان قانون جنسيتها يمنعها من هذا التصرف ، لأن القانون الاردني وهو المختص لا يمنعها من إجراء هذا التصرف .

القانون المدني الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة ، وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها .

يتضح من هذا النص ان الاختصاص في حماية ناقص الاهلية قد اعطى لقانون الجنسية . اي لقانون من تجب حمايته . لان الغرض منها سد عجز غير كامل الاهلية من مباشرة التصرفات الارادية . ولذلك فمن المعقول ان القانون الذي يحكم الاهلية نفسه يكون مختصا[1] .

وتقضي المادة ١٧ من القانون المدني الاردني بانه «يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته» .

فنرجع لهذا القانون لمعرفة نظام الحماية الذي يتفق وحالة من لم تكتمل اهليته وما اذا كان يخضع للولاية الشرعية او الوصاية او القوامة . وبموجب هذا القانون يتم تعين من يصلح للقيام بالحماية وتحدد مدى سلطته في مباشرة التصرفات المختلفة ، والى قانون الجنسية يرجع في عزله وفي الحد من سلطته او وقفها وتقرير المكافأة اللازمة له . ويرجع الى هذا القانون لتحديد الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة القواعد التي يضعها لتنظيم اعمال فاقد الاهلية ، (البطلان عدم النفاذ ، تخفيض الالتزام) ويرجع اليه ايضاً في تحديد المهلة اللازمة لاقامة الدعوى

اما المسائل الخاصة بالاجراءات اللازم اتباعها كتلك التي تتعلق بكيفية اقامة تقديم الحساب فيكون الاختصاص فيها للقانون الاردني لا لقانون جنسية من لم تكتمل اهليته . وكذلك يخرج من اختصاص قانون عديم الاهلية ويعطى فيها الاختصاص لقانون موقع المال نظام الحقوق العينية المقرر لمصلحة عديم الاهلية؟ على عقارات الوصي او القيم[2] .

---

١ ـ راجع د. عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الطبعة السابعة ، ١٩٧٢ ص٢٤١ . د. منصور مصطفى منصور المذكور ص٢٥٨ . د.جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦١ ص٢٣٤ .

٢ ـ هذا النظام يجهله القانون الاردني وهو مقرر في القانون الفرنسي والقوانين الاوروبية ، راجع Bati ffol ١٩٥٩ ص٤٧٦ .

وقد ترد عوارض قضائية تؤثر على الاهلية كالحكم القضائي ، غير ان عدم الاهلية هذا لا يؤخذ به بصورة مطلقة حتى لو كان قد صدر وفقا لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته . بل يجب التمييز بين الحكم المدني والحكم الجزائي وبالشكل الآتي : ـ

ان كان عدم الأهلية قد تقرر بحكم قضائي مدني صادر من محكمة أجنبية فلا يمكن الاخذ به الا اذا كان مستوفيا للشروط اللازمة لتنفيذ الاحكام الاجنبية في البلد الذي يراد التمسك به .

واذا كان عدم الاهلية قد صدر كعقوبة جنائية او سياسية فالعقوبة محلية . ولا يجد هذا الحكم مجالا للتنفيذ خارج حدود البلد الذي صدر فيه[١] .

وقد ترد على قاعدة اعطاء الاختصاص في الاهلية لقانون الجنسية استثناءات تخرج الاختصاص من هذا القانون وتوليه لقانون آخر .

الاستثناءات :

لا تجد قاعدة خضوع الاهلية لقانون الجنسية تطبيقا لها كلما وجد نص في قانون خاص يقضي بخلاف ذلك . وقد وردت نصوص خاصة اخضعت الاهلية فيها لقانون آخر غير قانون الجنسية كالفقرة (و) من المادة الثامنة من قانون الجنسية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي جعلت سن الرشد الوارد في هذا القانون تحدد للاردنيين والاجانب على حد سواء ـ طبقا لاحكام هذا القانون بثماني عشر سنة .
وكذلك الفقرة (٢) من المادة ١٣٠ من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ اذ اعتبرت الالتزام بموجب سند السحب صحيحا ، اذا وقّع من شخص ناقص الاهلية ، طبقا لقانون بلده ، في بلد يعتبره تشريعها كامل الاهلية . وهذا يعني إن كمالَ الاهلية يحدد بمقتضى قانون البلد الذي وقع فيه سند السحب لا بمقتضى قانون الجنسية[٢] .

١ ـ دكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص لسنة ١٩٧٢ ص٢٢٧ .
٢ ـ مذكرات الدكتور عزيز العكيلي ـ الاوراق التجارية في الاردن ، ص٣٦ وما بعدها .

وتخضع قوانين بعض الدول الاهلية اللازمة لمباشرة التجارة لقانون الدولة التي يتخذ فيها الشخص مقر نشاطه التجاري لتكفل بهذا حماية الاغيار الذين يتعاملون معه . وقد نهج هذا النهج قانون التجارة الاردني في المادة (١٥) فهي قد احالت حكم الاهلية الى القانون المدني فيما يتعلق باكتساب صفة التاجر في الاردن[١] . وكما نعلم أن القانون المدني يضم نوعين من القواعد قواعد اسناد تعطى الاختصاص في الاهلية الى قانون الجنسية وقواعد موضوعة خاصة بالوطنيين وما تقصده المادة (١٥) - في رأينا - هو العمل بالقواعد الموضوعية للقانون المدني والتي تحدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة . ويسري مضمون هذا الحكم على الاجنبي التاجر في الاردن شأنه شأن الوطني . كاستثناء من القاعدة التي تعطي الاختصاص في الاهلية لقانون الجنسية .

المصلحة الوطنية

المصحلة الوطنية هي احد موانع تطبيق القانون الاجنبي الخاص باحكام الاهلية وذلك في حالة ما اذا كان الاخذ باحكامها يرتب اضرارا بالمصلحة الوطنية .

ظهرت هذه النظرية في الفقه الفرنسي في سنة ١٨٦١ في قضية تعرف بقضية (ليزاردى) [٢] والتي تتلخص بما يأتي : -

كان ليزاردى المكسيكي الجنسية، والذي يسكن باريس قد عقد في سن يتعدى الواحدة والعشرين من العمر صفقة لشراء بعض المجوهرات. ولم يبين للبائع ان بلوغ سن الرشد وفقا للقانون المكسيكي هو تمام الخامسة والعشرين من العمر .

ولدى مطالبة البائع له بالاقساط المتفق عليها دفع ليزاردى ببطلان التزامه لانه قاصر وفق احكام القانون المكسيكي لعدم بلوغه الخامسة والعشرين من العمر . الا ان المحكمة المرفوع امامها النزاع لم تأخذ بهذا الدفع وقضت بصحة التزامه

---

١ - دكتور محمد حسن اسماعيل - القانون التجاري الاردني ص١٣٢ .

٢ - Siry 1861. 1. 350 Niboyet 112

وايدتها في ذلك محكمة النقض والزم المدعي عليه بدفع المبلغ اللازم بذمته . وجاء في حيثيات الحكم ، ان التاجر الفرنسي قد خدعته مظاهر هذا الشاب الذي تراءى له رشيدا قياسا على احكام القانون الفرنسي . وان تصرف التاجر الفرنسي كان بحسن نية وهو لا يلزم بمعرفة قوانين الدول المختلفة ونصوصها المتعلقة بالقصر والبلوغ وانه يتولد من الاخذ بالقانون المكسيكي اضرار بالمصلحة الوطنية . وقد احدث هذا الحكم دويا هائلا مع ان السبب الذي استند اليه وهو المصلحة الوطنية غير كاف من الناحية القانونية ، ولذلك لجأت الدول المحبذة للاخذ بالمصلحة الوطنية الى النص عليها .

اخذ المشرع الأردني بالمصلحة الوطنية في الفقرة (١) المادة (١٢) من القانون المدني . فهي بعد ان اعطت الاختصاص لقانون جنسية الشخص فيما يتعلق بالاهلية عادت واستثنت منها حالة نقص الاهلية لسبب خفي يجهله الطرف الآخر وقضت بانه ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة وتترتب آثارها فيه اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل للآخر تبينه فان هذا السبب لا يؤثر في اهليته[1] .

وقد اخذ القانون الاردني ايضا بفكرة المصلحة الوطنية في المادة ١٣٠ فقرة (٢) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ حين قضت بما يلي :

«يرجع في تحديد اهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه اهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الاهلية وفقا لقانون بلده» .

ومؤدى هذا ان من ادرك الثامنة عشرة من عمره اذا ما إلتزم بمقتضى سند السحب في الاردن فأن التزامه يعتبر صحيحا حتى لو كان قانون دولته يعتبره ناقص الاهلية .

---

١ ـ يقابلها في القانون الكويتي المادة ٢٣ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ وفي القانون العراقي الفقرة ٢ من المادة ١٨ مدني .

وانطلاقـا من فكرة المصلحـة الوطنيـة ايضـا اعـتبرت المادة الخامسة عشرة من قـانون التـجـارة المذكور من بلغ ثماني عشرة يكتسب صفة التاجر في الاردن ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن[١] .

شروط التمسك بالمصلحة الوطنية : ـ

للتمسك بالمصلحة الوطنية يلزم توافر ما يأتي :

١ ـ ان يـكـون التصرف مـوضــوع النزاع تصرفـا مـاليـا او تجـاريا وبهذا تخرج التصرفـات الاخـرى من دائرة التـمـسك بالمصلحة الوطنية ، كتلك التي تتعلق بالاحـوال الشــخـصية كالزواج والتبني والتي هي من الندرة والاهمية ولا يتم ابرامـهـا على عـجل ويكون في مـقـدور المرء ان يتـعـرف على قانون جنسـية الطرف الآخر.

وقـد اشترط القانون المدني انعقاد التصرف المالي في الاردن وترتب آثاره فيه . أمـا إذا كـان التصرف قـد تم خـارج الاردن أو ترتبت أثاره في الخـارج ، فلا مجال للعـمل بهذا الاسـتـثناء لمنع تطبـيق القانون الاجنبي حتى ولو تحققت الـشروط الاخـرى للمـصلحـة الوطنيـة . ولم تشترط المادة ١٣٠ من قـانون التـجـارة ان يتم التصرف في الاردن او ان تترتب آثاره فـيه ، وانما يكفي لذلك ان يتم التصرف في الاردن[٢] .

٢ ـ ان يكون احد اطراف العلاقة اجنبياً ناقص الاهلية وفقاً لقانون جنسيته الا انه كـامل الاهليـة بمـقـتـضـى القـانون الاردني امـا اذا كان ناقص الاهلية وفقا للقـانون الاردني ايضـا فـان الطرف الاخـر لا يسـتطيع التـمـسك بالمصلحة الوطنية لانتفاء حسن النية .

---

١ ـ الدكتور محمد حسين اسماعيل ـ القانون التجاري الاردني . «ويكتسب الاجنبي صفة التاجر كالمواطن الاردني حتى ولو كان قاصراً وفـقـاً لقـانون جنسيته ، ويحرم بالتالي من الدفع بالبطلان للتخلص من التزامه قبل الغير ما دام راشداً وفقاً للقانون الاردني» . ص١٣٢ .

٢ ـ اعطت قـوانين بعض الدول الاخـتـصـاص في الاهليـة الى قـانون البلد الذي تم فيه التصرف بالنسبة لسندات الامر والشيكات . راجع graids arrits ed la jurespréńce francaise de droit international privé page 2.

ولنتساءل ما إذا كان في مقدور الاجنبي المقيم في الاردن الأفادة فكرة المصلحة الوطنيــة كما يســتـفـيد منها العاقد الوطني او ان هذا الاستثناء قرر لمصلحة الوطني فقط ؟

يرى البـعض تحديد تطبيق فكرة المصلحة الوطنية على الوطني لأنه لو رجعنا الى اصل هذا القـيـد لوجـدنا انه قد قرر لحماية الوطني من مفاجآت القانون الاجنبي . ثم ان صــيغة النص تدل على ذلك اذ جاء فيها «اذ كان احد الطرفين اجنبـياً ناقص الاهلية ..» فيما يتضمن من معانيه ان الطرف الآخر يقتضي ان يكون وطنيـاً فأسـتناداً الى مــا تقـدم ذكـره ليس في مـقدور الاجنبي التمسك بالمصلحة الوطنية .

ويرى آخرون خلاف ذلك فليس بالضرورة ان يكون وطنياً بل يستوي في ذلك ان يكون اجنبـياً او وطنياً ، ويستندون في اجتهادهم هذا الى ان النص لم يشر الا لجنســيــة ناقص الاهليــة فأشترط ان يكون أجنبـيـاً اما المتعاقد الآخر فلم يتعرض له ولـم يشترط ان يكـون وطنياً ، ومــا دام لم يرد في النص ما يفيد قـصر الحمايـة على الوطنين فـيكون مطلقــاً ، وهذا الاطلاق يمكن الاجنبي من الافـادة بالتـمـسك بالمصلحـة الوطنية . ويضيف هذا الفريق ان هذا الاطلاق يمكن الاجنبي من الاسـتفادة من المصلحة الوطنية . مبررين ان فكرة المصلحة الوطنيــة هي تأمين ســلامــة المعـامــلات التي تجري في حدود الدولة ، وليس مجرد حماية الوطني [1] ورأينا مع من يذهب الى تعميم فكرة المصلحة الوطنية وعـدم قصر الحماية التي تقررها على الوطنيين بشرط ان لا يكون الاجنبي من نفس جنسـية ناقص الاهلية لانهما لو كانا من جنسية واحدة فان المتضرر لا يستطيع التمسك بجهل قانونه[2] .

---

١ ـ بهذا الرأي دكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ١٩٧٢ ص٢٢٧ . دكتور جابر جاد تنازع القوانين ، ١٩٦١ ص٦٠١ . دكتور منصور مصطفى منصور ـ المذكور ص٢٥٥ .

٢ ـ الدكـتـور صــلاح الدين الناهي ـ التـعليـقـات الوافـيـة على متون القوانين المرعية في العراق، ص١٠٦ ، اذ يقـول : «ان يكون احـد طرفيه اجنبياً اما الطرف الاخر فيشترط فيه ان يكون اجنبياً أوعراقياً على ان لا يكون من جنسية الطرف الاول» لسنة ١٩٥٤ .

٣ ـ ان يرجع نقص الاهلية الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ومعرفته . لان سهولة معرفة نقص اهلية الاجنبي تنفي حسن نية المتعاقد الاخر . وتقدير سهولة معرفة عدم اهلية الاجنبي او صعوبتها يعود للمحكمة التي عليها ان تأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تم فيها التصرف القانوني . ففي العقود الجارية كتلك المتعلقة بالمأكل والمشرب والعلاج لا تطلب المحكمة من المتعاقد الوطني الدقة في التحري لمعرفة القانون الاجنبي وتفترض حسن نيته في حين تشترط في المعاملات المصرفية والارتباط بالشركات التجارية المهمة ، زيادة في الحرص والتحري عن الحقائق .

ويبدو ان هناك اتجاها تشريعيا وفقهيا يقر التمسك بهذا الاستثناء في شأن اهلية الشخص الاعتباري . فلو ادعى الشخص الاعتباري الاجنبي نقص الاهلية لان اَهليته في التعاقد تتقيد بحدود الغرض الذي نشأ من اجله في حين ان التصرف يخرج عن تلك الحدود . ففي مثل هذه الحالة يكون في مقدور المتعاقد الآخر ان يتمسك بالمصلحة الوطنية بشرط ان تكون اجراءات الشهر للنظام القانوني للشخص الاعتباري الاجنبي لم تتم في البلد الذي تم فيه التصرف[١] .

آثار المصلحة الوطنية :

يترتب على الاخذ بنظرية المصلحة الوطنية عدم حكم اهلية الاجنبي بقانون جنسيته بالنسبة للتصرف المالي الذي يتولد منه ضرر لاحد الوطنيين . ويصحح العقد باعتباره صادرا من كامل الاهلية كما هو وارد في القانون الوطني . ويرفض دفع الاجنبي بنقص اهليته ويلزم بما يرتبه العقد من آثار والتزامات .

---

١ ـ راجع دكتور هشام علي صادق ص٥٩٨ .

المطلب الثاني

الزواج Le Mariage

الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الانسان . وهو رابطة رجل وامرأة تكون العشرة حلالاً بينهما ويقصد منها دوام الرابطة . وتترتب عليه آثار مهمة والتزامات متقابلة . لذلك عكفت التشريعات في جميع الدول على تنظيمه تنظيمًا دقيقاً ، فحددت الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده ، ونظمت آثاره وكيفية نشأته وانتهائه .. الخ .

واحكام قوانين الدول ليست متشابهة في موضوع الزواج ويعود ذلك الى اختلاف الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها . فمن الزواج ما يقوم على الزواج بواحدة ويحرم التعدد ، ومنه ما يجيز التعدد .... تعدد الزوجات لدى البعض وتعدد الازواج لدى البعض الآخر (١) . ومنه ما يكون زواجاً مؤبداً لا ينحل ولا ينتهي الا بوفاة أحد الزوجين ومنه ما ينحل بإرادة احد الزوجين او بحكم القاضي وقد يتصل الزواج بأكثر من قانون او نظام فقد يكون مختلطاً (بين اشخاص من جنسات مختلفة) وقد تتعدد وتختلف القوانين المنظمة للزواج بأختلاف الدول وتعددها وكذلك بأختلاف الانظمة وتعددها داخل الدولة الواحدة .

وهذا الاختلاف يثير التنازع بين قوانين الدول ويدفع الدول الى بذل المزيد من العناية لتنظيم الاختصاص القانوني عن طريق وضع قواعد اسناد معينة يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلاً وموضوعاً وآثاراً .. الخ ولكن مع هذه العناية في تنظيم حل التنازع في هذا الموضوع فإن اختيار القانون المختص ليس أمراً يسيراً إذ ستواجه القاضي صعوبة في التكيف ، لأن الرابطة بين الرجل والمرأة والتي تعتبر زواجاً بالنسبة لجماعة بشرية قد لا تعتبر كذلك بالنسبة لأخرى ، فالرابطة غير المؤبدة التي تنحل بإرادة الرجل او المرأة كالزواج السوفياتي قبل

---

١ ـ في التبت وبعض اجزاء الهند ، مجلة مصر المعاصرة يوليو ١٩٧١ عدد ٣٤٥ تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية الدكتور عز الدين عبد الله ص٥٠ .

قانون سنة ١٩٤٤ (١) ، ربما لا تعتبر زواجاً بالنسبة لنظام يشترط استمراره مدى الحياة . ولهذا ولأجل أن يطبق القاضي قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج ، يجب عليه عدم التقيد الكلي بالمعنى الوارد في القواعد الموضوعية لقانونه بل أن يفهمه بمعنى مجرد واسع بحيث يتسع لنظم الزواج الاجنبية .

على أن المواضيع المتعلقة بالزواج لا تخضع لقاعدة اسناد واحدة وينبغي لدراستها التمييز بين مسائل ثلاث : انعقاد الزواج ، وآثاره ، وانحلاله . وفي انعقاد الزواج يلزم التمييز بين القانون الذي يحكم الشكل وبين القانون الذي يحكم الموضوع. وفي آثاره هناك آثار شخصية وأخرى مالية، وفي انتهائه هناك وفاة وطلاق، لذلك يتطلب الامر تحديد القانون المختص بالنسبة لكل موضوع وبيان موقف المشرع الأردني في ذلك ولنبدأ بالخطبة .

الخطبة : (٢) Fiancaille

هي اتفاق رجل وامرأة على استعدادهما بصورة أولية على عقد الزواج (٣). وتعتبر الخطبة في بعض التشريعات عقداً وتنظم أحكامه وتحدد الشروط الموضوعية والشكلية الخاصة بانعقاده وتبين الآثار المترتبة عليه كالإلتزام بعقد الزواج أو بدفع التعويض عند الفسخ ورد الهدايا عند العدول عنه. اما في الاردن فتطبق أحكام الشريعة الاسلامية التي أباحت أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها بشرط أن تكون خالية من الموانع الشرعية (٤) وبقدر ما يعترف بهذا الحق للرجل ـ فإنه من

١ ـ اما قانون ١٩٤٤ فقد أوجب التطليق بدعوى. راجع في تفصيل ذلك دكتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الطبعة السابعة سنة ١٩٧٢ صفحة ٢٤٩ .

٢ ـ راجع دكتور أحمد غندور الاحوال الشخصية كويت، ١٩٧٢ ص ٢٩ ودكتور احمد الكبيسي الاحوال الشخصية بغداد، ١٩٧١ ص ٣٢ .

٣ ـ ورد هذا التعريف في ص ١١٠ من كتابنا (تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الاردني) وقد نعى علينا البعض بأننا عرفنا الخطبة بأنها (وعد بالزواج) في حين ان قولنا انها وعد بالزواج ورد في شرح الخطبة ولم يرد هذا القول بصدد تعريفنا لها انظر الى هامش د. غالب الداودي في ص ١٣٨ من كتابه القانون الدولي الخاص الاردني. وهو يرى في هامشه المذكور بأن الخطبة تبيح الالتقاء بين الخاطبين. وفاته بأن هذا يتوقف على العادات والمفاهيم لكل مجتمع فبعض المجتمعات تجيز الالتقاء بين الرجل والمرأة سواءً كانا مخطوبين أو غير مخطوبين وفي مجتمع آخر لا يجوز اللقاء حتى بين الخاطبين .

٤ ـ لا يحق للرجل أن يخطب المحرمة على التأبيد كالاخت والعمة والخالة وما شابه ذلك، ولا المحرمات على التوقيت كأخت الزوجة وعمتها وخالتها، ومخطوبة الغير على قول =

حق الفتاة ـ ايضاً طلب الرجل للزواج .

وتحدد قواعد اسناد بعض الدول القانون المختص الذي يحكم الخطبة، كالقانون الكويتي الذي خص الخطبة بالمادة (٣٥) من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، حيث جاء فيها : «تعتبر الخطبة من مسائل الاحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ»[١] .

أما القانون المدني الاردني فقد التزم السكوت في هذا الشأن . ولهذا يمكن اعمال القاعدة الخاصة بالزواج من حيث الاهلية والرضا وموانع الزواج ومن حيث الآثار والفسخ . وبالنسبة للاردنيين يعمل بما تقرره المواد (٢، ٣، ٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ .

ومما لا شك فيه أن الخطبة ما هي الا وعد بالزواج وهي غير ملزمة لذا فمن حق الخاطب أن يعدل عن الزواج ولا يجوز بوجه او بآخر إكراهه على إبرام الزواج [٢] . ويعد من قبيل الإكراه على الزواج كل شرط جزائي بتنفيذ الوعد بالزواج، وعلى القاضي الاردني أن يستبعد القانون الذي يقر مثل هذا الشرط لما فيه من إكراه على الزواج ومخالفة للنظام العام .

والاعتراف بحق العدول عن الخطبة مقيد بعدم إساءة استعماله ومتى ما أسيء استعماله وترتب على ذلك ضرر بالطرف الآخر، كان للمتضرر ـ وجد ام لم يوجد نص ـ طلب تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية التي يحكمها، كما سنرى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام .

= الاكثرية والمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى او كبرى على رأي الحنفية، ويرى آخرون جواز خطبتها تعريضاً. للتفصيل راجع دكتور غندور المذكور ص ٢٩ .

١ ـ دكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ـ سنة ١٩٧٣ ص ١٥٢ .

٢ ـ وهذا هو مضمون الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ التي تقضي «٣ ـ الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا» وعليه نصت المادة الرابعة من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ٩٧٦ بقولها «لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة» .

وقد أجازت المادة الرابعة من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

انعقاد الزواج :

ينبغي لانعقاد الزواج توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية ، ويرجع في تصنيف شروط الزواج لمعرفة ما إذا كان أحد الشروط يعتبر من الشروط الموضوعية او الشكلية الى القانون الوطني ، لأن هذا التصنيف هو من مسائل التكييف والاختصاص فيه لقانون القاضي .

الشروط الموضوعية : Condition De Fonds

الشرط الموضوعي هو ما يتوقف وجود الشيء على تحقيقه ، ويعتبر من قبيل الشروط الموضوعية الشروط الخاصة بالإرادة كتوفر الاهلية والرضا (رضا العاقدين وقد يستلزم الامر رضا الوالدين او احدهما) ، وتطابق إرادتي العاقدين واتحاد مجلس الايجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول ، وكذلك يعتبر من الشروط الموضوعية ما تعلق منها بالمحل . ومحل العقد هنا هو صلاحية المرأة لأن تكون محلاً للعقد اي ان تكون غير محرمة على من يريد الزواج منها .. وتعتبر من الشروط الموضوعية شروط النفاذ ، فالمتعاقد باسم الغير يلزم ان تتوافر لديه سلطة النيابة . وأخيراً يعد في الشريعة الاسلامية من الشروط الموضوعية ايضاً شروط اللزوم كالمهر وتعادله وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج .

وتخضع أكثر القوانين الشروط الموضوعية للزواج الى قانون جنسية الزوجين وهذا ماعمل به القانون الالماني والسويسري والفرنسي والياباني والبولوني . وفي الدول العربية أخذ بذلك قانون جمهورية مصر في المادة (١٢) من القانون المدني وقانون الجمهورية العربية السورية في المادة (١٣) من القانون المدني وكذلك القانون المدني الليبي في المادة (١٩) والقانون الكويتي في المادة (٣٦) من قانون

تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ [١] .

وبهذا أخذ القانون الاردني حين نص في الفقرة الاولى من المادة الثالثة عشرة من القانون المدني على انه : «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين» [٢] .

وبناءاً على ذلك اذا ما عرض نزاع على قاض أردني وتعلق النزاع بالشروط الموضوعية للزواج فما على القاضي الا أن يلجأ الى قانون جنسية الزوجين ليتبين ما إذا كانت الشروط المقررة فيهما مستوفاة ام لا . اما الوقت الذي يحُكَم فيه قانون الزوجين فهو وقت انعقاد الزواج لا وقت النزاع باعتباره الوقت الذي ينبغي فيه اكتمال الشروط المطلوبة .

ولا يثير تطبيق هذه القاعدة اي إشكال عند اتحاد جنسية الزوجين لانهما سيخضعان لقانون واحد وهو قانون الدولة التي ينتميان اليها . ولكن الخلاف لا بد وأن يظهر عند اختلاف جنسية الزوجين فكيف تطبق هذه القاعدة ؟ .

يرى البعض تطبيق القاعدة التي تعطي الاختصاص في الزواج الى قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً Application Commulative ويكون باستيفاء الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج والزوجة في كل منهما اي اجتماع شروط القانونين معاً في كل واحد منهما ويؤدي تطبيق هذه القاعدة عملاً الى ترجيح القانون الاشد ، فالقانون الاسباني مثلاً يمنع الزواج من مطلقة اجنبية ، والقانون السويدي يمنع الزواج بسبب الاصابة بأمراض معينة . فالتطبيق الجامع يؤدي الى العمل به وان لم ينص عليه في قانون الزوج الآخر[٣] ويرى آخرون بتطبيقهما تطبيقاً موزعاً Application Distributive اي يكفي لانعقاد الزواج صحيحاً ان يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الاخذ بنظر

---

١ ـ دكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي سنة ١٩٧٣ ص١٥٤ .

٢ ـ يقابل هذا النص ويطابقه المادة ١٢ مدني مصري والمادة ١٣ سوري .

٣ ـ راجع الدكتور سامي بديع منصور ص٣٩٦ .

الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر .

ولنوضح الفرق بين اعمال التطبيق الجامع والموزع بالمثال التالي : -

إذ كان ارتباط الزوج برابطة زوجية سابقة يعتبر مانعاً من موانع الزواج في قانون الزوجة دون أن يكون كذلك في قانون الزوج فإن التطبيق الموزع للقانونين لا يمنع من انعقاد الزواج صحيحاً ولكن التطبيق الجامع لهما يؤدي الى عدم صحة هذا الزواج . فزواج الاسباني من أجنبية مطلقة يعتبر صحيحاً اذا أخذ بالتطبيق الموزع بينما يعتبر باطلاً اذا اخذ بالتطبيق الجامع .

وحتى لو أخذ بقاعدة التطبيق الموزع فهناك من الشروط ما تتصل بجوهر الزواج ذاته ولا يمكن تجاهلها ويتعين بشأنها إجراء التطبيق الجامع كما هو عليه الحال في موانع الزواج للقرابة والطلاق والزنا واختلاف الدين ، فهي وإن كانت مقررة في قانون أحد الزوجين دون الآخر فإنه لا يمكن إغفالها (١) . وتسري قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج على قانون كل من الزوجين في حالة ما إذا كان كلا الزوجين أجنبيين ، اما إذا كان أحدهما أردنياً وقت انعقاد الزواج ، فقد أورد المشرع على هذه القاعدة استثناءاً لصالح القانون الأردني حيث أخضعها للقانون الاردني في كل ما يتعلق بالشروط الموضوعية فيما عدا الاهلية . وهذا ما أتت به المادة (١٥) من القانون المدني بقولها :

«في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين اردنياً وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون الاردني وحده فيما عدا الاهلية» .

وبهذا النص يكون القانون الاردني قد رفض مزاحمة القانون الاجنبي ولم يقبل مشاركته للقانون الوطني في حكم الشروط الموضوعية للزواج فيما عدا الاهلية ، إذ تظل اهلية المتعاقدين خاضعة للقاعدة العامة للأهلية التي تعطي الاختصاص في الاهلية لقانون الجنسية .

---

١ - وفي تطبيق المادة ١٢ مدني مصري التي تقابل النص الاردني - قضت محكمة النقض في مصر بالتطبيق الجامع في موانع الزواج - راجع الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص الطبعة السابعة ص٢٦١ .

واعمال هذا النص يفرض علينا القول في حالة زواج اردني كتابي من أجنبية مسلمة ، يجيز قانونها ذلك ، بأن مثل هذا الزواج لايعتد به ، لأن الاختصاص في ذلك للقانون الاردني الذي لا يجيز زواج غير المسلم من المسلمة[1] .

اما إذا كان الزواج قد تم بين اجنبيين يجيز قانونهما زواج المسلمة من غير المسلم فالعقد بالنسبة الينا يعتبر باطلاً لا لمخالفته لأحكام القانون المختص وانما لتعارضه مع فكرة النظام العام المستمدة أحكامه من الشريعة الاسلامية .

الشروط الشكلية :

الشكل هو ما يتطلبه القانون من اوضاع لاظهار الارادة كمراسيم الاحتفال وتسجيل الزواج . والمراسيم الدينية بالنسبة لقوانين بعض الدول ومظاهر العلانية والشهادة وغير ذلك من الاوضاع الخارجية اللازمة لانعقاده على يد موظف رسمي او كاهن . والقوانين بالنسبة للشكل تعطي اكثرها الاختصاص الى قانون بلد إبرامه وبالنسبة للزواج تعطي الاختصاص ايضاً الى قانون الزوجين . وقد أخذ القانون الأردني بذلك في الفقرة (٢) من المادة الثالثة عشرة بقولها :

«اما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين او ما بين أجنبي واردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه أو اذا روعيت فيه الاوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين» .

ومؤدي هذا النص انه لو كان أحد الزوجين اردنياً وعقد زواجه في الخارج متبعاً في ذلك الشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه فيعتبر العقد صحيحاً من الناحية الشكلية [2] . لأن النص لم يشترط في حالة ما إذا كان أحد الزوجين اردنياً

---

١ ـ المادة ٣٣ من قانون الاحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ تقضي ببطلان زواج المسلمة بغير المسلم .

٢ ـ تمييز حقوق رقم ١٥٧/ ١٩٧٥ «حيث ان ملف الدعوى يفيد ان عقد زواج الطرفين المتداعين تم بالشكل المدني وفق قانون البلد الذي ابرم فيه فأن الزواج يعتبر صحيحاً لا باطلاً» مجلة نقابة المحامين السنة ٢٤ العدد الاول والثاني صفحة ١٨٩ .

اتبـاع الشكل المقـرر في القـانون الادرني . والاستثناء الذي اوردته المادة (١٥) من القـانون المدني لصـالح القـانون الاردني بإعطاء الاختصاص للقانون الاردني كلما كـان احد الزوجين اردنياً وقت عقد الزواج لا يشمل الشروط الشكلية لعقد الزواج . لأن الفـقرة الثانية من المادة (١٣) مـدني اعتبرت الزواج صحيحاً من حيث الشكل مـا يين اجنبي واردني اذا عـقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه . فكيف نوفق بين هذه الفقرة وبين المادة (١٥) مدني؟ وأرى ان التوفيق بين هذين النصين لا يتم الا اذا اعـتبرنا المادة (١٥) تقـرر قـاعـدة عامة مفادها اخضاع المواضيع التي تنظمها المادتان (١٣ ، ١٤) للقـانون الاردني اذا كـان احـد الزوجين اردنياً ويستثنى من هذا المبـدأ العـام شكل الزواج اذ يجوز فيه اتباع الشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه .

إثبات الزواج : Préve De Mariage

يمكن ان يتم اثبـات الزواج حـسب القـواعـد العـامة بوسائل الاثبات المقررة في القـانون الذي يحكم الشكل وذلك بناءاً على الصلة التـامـة بين إنشاء العقد وكيفية إثبـاته ، وهذا يفـرض علينا تحكيم قـانون محل انعـقاد الزواج اذا اتبعت الشكلية المقـررة في قانون المحل وتحكيم قانون كل من الزوجين اذا عقد الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانونيهما في كل ما يتعلق بإثبات الزواج كتقديم الدليل الكتابي او الاكتفاء بالبـينة الشـخـصـية . وقد صرحت بهذا نصوص قوانين الدول كالقانون الكويتي الذي قرر في المادة (٣٨) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ أنه : «يرجع في اثبـات الزواج الى القانون الذي خضع له الزواج في اوضاعه الشكلية»[١]. وقانون الاثبات العـراقي في الفـقـرة الاولى من المادة الثـالثـة عشرة منه يعطي الاختصاص في ادلة الاثبات الى قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني[٢] .

١ ـ المؤلـف د. حـسـن الهداوي، تنازع القـوانين واحكامـه في القـانون الدولي الخـاص الكويتي ص١٥٨ .

٢ ـ المؤلف الدكتور حسن الهداوي القانون الدولي الخاص العراقي، قسم تنازع القوانين ص١١٠ .

ولم يرد في قـواعد الاسناد الاردنية نص يحدد الاختصاص في هذا الشأن وعدم وجـود نـص يقـودنا الى تطبيق ما شـاع وانتشر دوليـاً وهو اخضـاع الاثبات الى القانون الذي يحكم الشكل .

آثار الزواج : Effets De Mariage

تترتب على عـقـد الزواج واجـبـات والتزامات متقابلة منها ما هي شخصية تقع على عـاتق الزوجين كـواجب الاخـلاص والمطاوعـة والنفقة ، وأخرى مالية كارتباط الازواج بالنظام المالي للزوجين المقـرر ببعض الشرائع والتي تعطي للزوج حق إدارة اموال الزوجين ، خلافاً لما اوردته الشريعة الاسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين .

وهذه الالتـزامـات المالية والشخصية لا بد لها من قانون يحكمها ويسري عليها وقـدَ يظهـر تنازع بين قـوانين عـديدة في حـالة وجـود عنصر أجنبي في العـلاقـة الزوجـيـة، فما هو القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الاحوال ؟؟ أجابت على ذلك الفـقرة الاولى من المادة الرابعة عشرة باخضـاع آثار الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت الزواج حـيث نصت بأن ..«يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعـقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال» فـسـواء اتحـدت جنسـية الزوجين او اختلفت ، فقانون جنسية الزوج وقت انعقاد العـقد أولْـيَّ الاختصاص الكامل في كل ما يتعلق بالآثار الشخصية والمالية الناتجة عن الزواج .

ويعـزى إخـضـاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج لاعتبارات عديدة منها كون الزوج رئيساً للعائلة ، وكون المرأة في اغلب الاحيان تكتسب جنسية زوجها .

ويتأثر تطبـيق قـاعدة إخضاع آثار الزواج بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، بما في ذلك النظام المالي للزوجين بما هو مـقـرر بقانون موقع المال ، ذلك لأن قانون موقع العقار يسري على العقود التي ابرمت بشأنه (١) ، ويسري على

١ ـ المادة (٢٠) فقرة ٢ من القانون المدني الاردني .

الحقوق العينية قانون موقع العقار ، كما أن المنقول يسري عليه قانون الدولة التي وجد فيها المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده (١) وينبني على ذلك انه لا يمكن ان يحتج بما يقرره قانون الزوج وقت الزواج من رهن قانوني على أموال الزوج الموجودة في الاردن ضماناً لالتزاماته نحو زوجته ، لان مثل هذا الرهن يعتبر من الاحوال العينية التي تعطي فيها المادة ١٩ من القانون المدني الاختصاص الى قانون موقع المال ، وهو القانون الاردني الذي لا يقر مثل هذا النظام .

ويقيد تطبيق قاعدة إخضاع آثار الزواج لقانون الزوج بما تمليه المادة الخامسة عشرة التي تعطي الاختصاص للقانون الاردني كلما كان احد الزوجين اردنياً وقت انعقاد الزواج . وبناءاً على ذلك يلزم اتباع احكام القانون الاردني حتى لو كان الزوج اجنبياً مادامت الزوجة اردنية الجنسية وقت انعقاد الزواج .

انتهاء الزواج :

تنتهي العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة اما بالوفاة او الطلاق او التفريق او البطلان . اما الانفصال الجسماني ، الذي نظمته بعض القوانين ويقضي بانقطاع المعيشة المشتركة ، فلا ينهي الزواج في الحال وانما ينهيه بعد قلبه الى طلاق بعد انتهاء مدة معينة .

ولا تثير الوفاة الطبيعية اختلافاً يترتب عنه تنازعاً بين القوانين . في حين ان الاسباب الاخرى لانتهاء الزواج تثير اختلافاً واضحاً بين أحكام قوانين الدول .

واتباع معيار موحد كاعطاء الاختصاص لقانون الجنسية لا يحل الاشكال الناشيء عن اختلاف جنسية الزوجين واختلاف القواعد الموضوعية لقانون جنسية كل منهما . فقد يحصل أن يأذن مثلاً قانون أحد الزوجين بايقاع الطلاق بينما يحرمه قانون الآخر ، فيستطيع من جاز له قانون جنسيته ان يوقع طلاقاً أن يتحرر من العلاقة الزوجية في حين ان الزوج الثاني يبقى مقيداً بالرابطة الزوجية .

١ ـ المادة ١٩ من القانون المدني الاردني .

وهذا ما حصل في قضية فيراري (١) Ferrari التي تتلخص في زواج شـابة فرنسية من السـيـد فيراري الايطالي الجنسـيـة ، ولم يكن النجـاح حليف هذا الزواج الذي انتـهى بالفـرقـة والتجاء الزوجة الى القضاء طالبة الحكم لها بالطلاق . وبناءاً على توافـر شروط الطلاق الواردة في القـانون الفـرنسي فقد لبت المحكمة طلبها وحكمت لها بالطلاق رغم أن قـانون الزواج (الايطالي) يمنع ايقـاع الطلاق . وقد أدى الاخذ بقـانون جنسـيـة كل زوج الى هذه النتـيـجة الغريبة ، حيث طلقت السيدة فيراري بمـقـتـضى قانون جنسيتها واستردت حريتها في الزواج من آخر بينما بقي السيد فيراري مـقـيداً بهذا الزواج لان قانون الجنسية الايطالي كان يمنع الطلاق وبالتالي يحرم عليه الزواج من أخرى .

ولتلافي مثل هذه النتائج يقترح البعض إخضاع العلاقة الزوجية الى قانون واحد ألا وهو قانون الدولة التي ثبت على إقليمها موطن الزوجية .

امـا القانون الاردني فإنه أخذ بحل آخر وأخضـع انتهاء الزواج إلى قانون الزوج وقـتـا الطلاق او وقت رفع الدعـوى حـيث جـاء في الفـقرة الثانية مادة (١٤) من القـانون المدني مـا يلي : «امـا الطلاق فـيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق والانفـصـال قـانون الدولة التي ينتـمي اليـها الزوج وقت رفع الدعوى» . وعلى هذا فإن قانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى يكـون مختـصـاً لحكم انتـهاء الزواج . فيرجع اليه لمعرفة ما اذا كـان يحـق لـلزوج او احـد الزوجين انهاء الرابطة الزوجـيـة بأرادته المنفـردة واسـبـاب الطلاق والشروط اللازمة لصحته ويرجع الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعـوى في كل مـا يتـعلق بالاسـبـاب التي يمكن أن تبرر التطليق والتـفريق الانـفـصـال الجـسماني وممـا يؤاخـذ على هذا الاتجـاه انه قـد يؤدي الى الاضرار بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر ، كأن يكون قانون جنسية الزوج وقت عقد الزواج لا يجيـز ايقـاع الطلاق ؛ فـتغيره لجنسيته بعد الزواج يترتب عليه نقل الاختصاص الى قـانون الجنسـيـة الجديد والذي قد يكون اكثر يسراً من حيث الطلاق والتطليق

١ ـ Dalloz P. 1. 127/ Serey 1923. 1. 5.

. واحتراماً للحقوق المكتسبة وقت الزواج ولتحقيق العدالة يفضل ان يُعتدّ في انتهاء الزواج بقانون جنسية الزوج وقت الزواج لا وقت رفع الدعوى .

وفي حالة ما إذا كان أحد الزوجين اردنياً وقت انعقاد الزواج فإن تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج لا يترتب عليه تغيير القانون المختص بل يبقى القانون الاردني مختصاً عملاً بالمادة (١٥) من القانون الاردني . وفيما عدا ذلك فإن الاختصاص في الطلاق يكون لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى .

المطلب الثالث

النسب او الولادة ونتائجها

La Filiation

يترتب على الزواج ظهور علائق قانونية تتولد من نشوء الأولاد في الأسر ة مما يستلزم معرفة نسبهم وما لهم من حقوق كحق الحضانة والرضاعة والنفقة وحق تربية الأولاد وتهذيبهم وإدارة شؤونهم والى غير نلك من الأمور التي تتطلب تحديد القانون الذي يحكم النزاع الناشىء بسببها .

ويمكن القول بأنه قد تثور بصدد النسب مسألتان الأولى تخص ثبوت النسب والأخرى تخص الآثار المترتبة عليه ، وترتبط هاتان المسألتان ارتباطاً تاماً إذ أن كل منهما يعنىٰ بتنظيم العائلة وحمايتها ، وما يوجب اخضاعها للقانون الذي يضمن هذه الحماية ويحقق هذا الهدف وما هذا القانون الا قانون الجنسية ، ولكن قانون جنسية من ؟ الزوج ام الزوجة ؟ ام الأولاد ؟ وفي أي وقت يحدد قانون الجنسية هذا؟ ذلك ما سنتناوله بالبحث :

القانون الذي يحكم النسب :

تعتبر البنوة شرعية كانت أو طبيعية من الأحوال الشخصية وتلحق بقانون الجنسية الذي يجب ان يكون مختصاً لحكم ثبوت النسب ووسائل ثبوته .

وإذا كان من المسلم به أن قانون الجنسية يحكم ثبوت النسب ووسائل ثبوته ، فإن هذا لا ينهي الأشكال المحتمل الظهور في حالة اختلاف جنسية الزوجين والأولاد والاختلاف في الجنسية بالنسبة للزمان فلأي قانون من هذه القوانين يعطي الاختصاص؟

أعطى البعض الاختصاص الى قانون جنسية الأب وقت النزاع (١) بينما أسنده

---

١ ـ لان البنوة اثر من آثار الزواج وثبوتها يتصل بمصلحة الاسرة ولهذا تخضع للقانون الذي يحكم الاثار Batiffol ١٩٥٩ ص٥٣٠ .

آخـرون الى قـانـون جنسـيـة الإبن وقت النزاع (١) والرأي السـائد فـقـهاً وقضاء وتشريعـاً يخضع البنوة للقـانون الشـخصي للأب وهذا مـا أخـذت به التشريعـات العـربيـة ومنه القـانون العـراقي حيث نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة بقـولها «المسـائل الخـاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليـها قانون الأب» .

ولم يرد في القانون الأردني نص يحدد بموجبه القانون المختص بحكم النسب ، لكن هذا لا يحول دون تعـيين القـانون المخـتص على أساس ان النسب هو أثر من آثار الزواج والبنوة الشرعـيـة بوصـفـهـا من آثار الزواج يولى الاخـتـصـاص فيها لقانون الزوج وقت عقد الزواج (أي قانون الأب) .

وعليه ففي المسائل الخاصة بثبوت النسب يرجع فيها الى قانون الأب وقت عقد الزواج في كل مـا يتـعلق بالإعتراف بالبنوة وانكارها وفي تحـديد الأحوال التي تقبل فـيـهـا دعـوة اثبات النسب أو انكاره وفي المواعيد التي ترفع فيها الدعوىٰ والقواعد التي تتـبع في إثبـات النسب (٢) ويُرجع الى هذا القـانون أيضـاً في تحـديد الشروط والأحكام اللازمـة لقـبـول الاقـرار بالنسب وصـحـته كصدور الاقرار من شخص كامل الأهليه ، وإلا لزم استحصال الأذن من المحكمة المختصة بالإقرار وان يصدق على الإقـرار من الولد المقـر بنسـبه إن كان لا زال على قيد الحياة ، واتباع ما ينص عليه القانون من احكام للتصديق على الإقرار إذا كان الولد توفي قبل التصديق(٣) .

ويتقيد تطبيق القاعدة التي تعطي الاختصاص في النسب الى قانون جنسية الأب بما تمليـه المادة الخـامـسـة عشر من القـانون المدني حـيث أعطيت بمـقـتـضـاهـا الاختصاص للقانون الأردني متى كان أحد الزوجين أردنياً وقت الزواج سواء أكان

١- مبررين ذلك بان البنوة تتصل بمصلحة الولد وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون التشيكوسلوفاكي سنة ١٩٦٣ والقـانون البـولوني عام ١٩٦٥ وقـانون المانيـا الديمـقراطية عام ١٩٦٥ راجـع دكتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص الجزء الثاني سنة ١٩٧٢ ص٣٢٥ .

٢ ـ Batifol ١٩٥٩ ص٥٣٣ .

٣ ـ دكتور جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص العربي . القاهرة ١٩٦٠ ص٢٢٣ .

الأردني أباً أو أماً . وتغير الزوج الأردني لجنسيته بعد الزواج لا يؤثر على الاختصاص . أما البنوة غير الشرعية فيقتضي الرجوع فيها الى قانون الشخص المطلوب الانتساب اليه أباً كان أم أماً .

ونظمت قوانين بعض الدول البنوة غير الشرعية وأعطت الاختصاص فيها لقانون الجنسية فأجاز بعضها تصحيح النسب غير الشرعي عن طريق الزواج اللاحق بالام ، فبهذا الزواج يصبح الولد غير الشرعي شرعياً ، ومثل هذا النظام الذي يجيز تصحيح النسب يخضع لقانون الجنسية أيضاً لا يمكن الأخذ به في الأردن لمخالفته للنظام العام ، وهذا يعني أنه لو كان قانون جنسية الشخص يجيز تصحيح النسب وقضت قواعد الاسناد الأردنية بالرجوع الى قانون الجنسية هذا فإننا لانستطيع تطبيق قواعد القانون الأجنبي المختص لنخصص بمقتضاه النسب لتعارضها مع النظام العام في الأردن .

وللعلة نفسها لا يمكن الأخذ باحكام قانون جنسية الأجنبي التي تقر وتنظم التبني لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من النظام العام في الأردن .

الآثار المترتبة على ثبوت النسب :

تترتب على ثبوت النسب بعض الآثار كالتوارث وموانع الزواج وآثار أخرى عامة تتصل بالولاية على النفس والمال مما يستلزم معرفة القانون الذي يحكم هذه الآثار .

يخضع الميراث لقواعد تحكمه سنأتي على دراستها وتحكم موانع الزواج احكام نظمتها المادة (١٣) مدني والتي سبق بحثها . وموانع الزواج يرجع فيها الى الأحكام التي تنظم الزواج من حيث شروطه الشكلية والموضوعية وقد سبق بحثها .م(١٣) مدني .

اما الآثار العامة التي تتعلق مباشرة بالنسب كالولاية والحضانة وسائر الواجبات ما بين الأباء والأولاد فهي تخضع الى قانون جنسية الأب ، كونها اثر

من آثار الزواج ، فيتولى قانون جنسية الاب تعيين صاحب الحق في الولاية والحضانة ومدتها والسلطة الابوية وحق التربية . والمقصود بالولاية هنا الولاية على النفس وعملاً بالمادة (١٥) من القانون المدني واذا كان احد الزوجين اردنياً. فتخضع الولاية للقانون الاردني .

اما الولاية على مال الصغير وحق التصرف في امواله وادارتها فتخضع لقانون جنسية الصغير عملاً بالمادة ١٧ قانون مدني «يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيره من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته» .

المطلب الرابع

النفقة Obligation Alimentaire

النفقة من آثار الزواج والنسب وتعتبر من الاحوال الشخصية ايضاً . وهي قد تجب للأولاد على الاصول وقد تجب لذوي الارحام او لأحد الزوجين على الآخر لأن القرابة تعتبر سبباً لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر . ولكن القرابة الموجبة للإنفاق مختلف فيها باختلاف قوانين الدول ، لذا يلزم تحديد القانون الذي يحكم النفقة عند ظهور تنازع بين قوانين دول مختلفة .

وقد أعطى القانون الاردني الاختصاص بهذا الشأن الى قانون جنسية الشخص المدين بها حين نص في المادة (١٦) من القانون المدني بأن : «يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب قانون المدين بها» . غير أن هذا النص لا يحل الاشكال القائم لأن معرفة ما اذا كان الشخص ملزماً ومديناً بالنفقة ام لا من الامور الاساسية التي تثير الاختلاف بين قوانين الدول . فيلزم بعضها قسمًا من الأقارب بالانفاق على اقاربه بينما لا يلزمهم القسم الآخر بذلك . لذا يجب قبل كل شيء تحديد القانون المختص لمعرفة ما إذا كان الشخص المطالب بالنفقة ملزماً بها وفقاً لهذا القانون ام لا .

ومع أن نص المادة (١٦) لا يجيب على ذلك الا أننا نستطيع الاستعانة بالنصوص الأخرى للتوصل الى حل النزاع المتعلق بالنفقة وتعيين الملزم بها والقانون المختص لحكمها على النحو التالي :

لقد قلنا بأن النفقة قد تترتب إما عن النسب او عن الزواج . وعليه فإن كانت النفقة لأحد الزوجين فهي أثر من آثار الزواج وبالتالي فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، او القانون الاردني إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج ، يكون مختصاً لمعرفة ما إذا كان المطالَب بالنفقة ملزماً بها وفقاً للقانون المشار اليه ام لا . ويرجع لهذا القانون في كل ما يتعلق بأنواع النفقة ومقدارها . اما إذا كانت النفقة المطالب بها هي نفقة الاصول على الفروع او العكس فإن اعمال المادة (١٦) القاضية باعطاء الاختصاص بالنفقة الى قانون المدين بها يستلزم اعتبار المطالب بالنفقة كمدين بها ، ويعمل بقانونه لتحديد الملتزم بالنفقة ومدى التزامه

المطلب الخامس
الميراث والوصية

اخضعت الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشر كلاً من الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقانون واحد هو قانون جنسية المتوفى وقت موته بقولها : «يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث والموصي او من صدر منه التصرف وقت موته» .

فأعمال هذا النص يفرض القول بأن قانون المتوفى وقت موته يحكم المسائل الموضوعية الخاصة بالميراث والوصية دون تفريق منقول وغير منقول وبين مادي ومعنوي . هذا ما لم يرد نص خاص يقضي بخلاف ذلك . ويتعين ان نخص لكل من الميراث والوصية دراسة خاصة به .

أولاً : الميراث

قد تتنازع قوانين عديدة في حكم تركة المتوفى ، ويظهر التزاحم بين قانون جنسية المتوفى وقانون جنسية كل من الورثة وقد يدعى الاختصاص قانون المحل الذي توجد فيه أموال التركة والتي قد تنتشر في دول عديدة. وبهذا يظهر لنا ان القوانين المتزاحمة بشأن الميراث متعددة ومختلفة . لذا يلزم اختيار القانون الأكثر ملائمة من بينها لحكم الميراث واعطاء الاختصاص الى قانون واحد لا الى عدة قوانين سواء أكانت الاموال المكونة للتركة منقولة أم غير منقولة لأن التركة تكون مجموعة واحدة ولها وحدة قانونية يلزم حكمها بقانون واحد لتجنب الصعوبات التي قد تنشأ من إخضاع التركة لقوانين متعددة .

وتفضيل أحد القوانين المتنازعة وإعطاؤه الاختصاص يجب أن يؤخذ من هدف القوانين المنظمة للتركة لأن الميراث يتصل بواقعة حياة ووفاة المرء . وهو نتيجة لهذه الواقعة . ويستند الميراث على حالة الشخص وروابطه العائلية وافتراض المحبة واعتبارات حفظ الاموال في العائلة والقوانين المنظمة للتركة ما وضعت إلا لتحقيق حماية الفرد والاسرة على السواء . فتدخل بهذا في الاحوال الشخصية ويجب أن تحكم بالقانون الشخصي للمتوفى وهو قانون الموطن في الولايات المتحدة الامريكية وفي دول أمريكا الجنوبية عدا البرازيل وفي سويسرا والدنمارك والنرويج وهو قانون الجنسية في كل من العراق والجمهورية العربية المتحدة (المادة ١٨ / ١ من القانون المدني) وسوريا (القانون المدني السوري المادة ١٧ / ١) وليبيا (القانون المدني الليبي المادة ١٧ / ١) ولبنان الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ من القرار ٣٣٣٩ والمادة ٩ من القرار ١٤١ل الصادر في ٣ تشرين الأول ١٩٣٢) والكويت (المادة ٤٧ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١) وكذلك أخذ به في القانون الالماني والقانون اليوناني .

ويؤسس الميراث على عناصر مأخوذة من حالة الشخص وروابط النسب والقرابة . ومن هنا فإن الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشر من القانون المدنى قد اخضعت الميراث الى قانون جنسية المتوفى ولهذا يتعين الرجوع الى هذا القانون في المسائل الموضوعية المتعلقة بالميراث كتعيين الورثة وشروط الاستحقاق وما تعلق

منهـا بالوارث والمورث، اذ يشترط في المورث أن يكون مـيـتاً حقيقة او حكمًا[1] ـ لكن يرجع في اثبات الوفاة الى قانون مكان وقوعها لأنها واقعة مادية ـ ويرجع الى قـانون المتـوفى لتـحـديد شروط استحقاق الوارث للأرث كأن يكون حياً حقيقة او حكمًا (الحـمل المسـتكن) وفي مـعرفة اهلية الوارث وبيان المحجوب والمحروم منهم لقـتل او لاختلاف في الدين او الجنسية (٢) ويخضـع لقـانون جنسية المتوفى كل ما يتـعلق بقـبول التركة او التنازل عنها والشروط اللازمة لذلك ، وما اذا كان الوارث قد قبل بشرط الجرد وتنازل عنه .

والفـقـرة الاولى من المادة الثـامنة عشر تمثل نصـاً عاماً يخضـع الميراث لقانون جنسية المتوفى لا فرق في ذلك ان كان المتوفى اردنيا (٣) أم أجنبـياً والاموال أن كانت منقولة او غير منقولة في الداخل أم في الخارج ولا يحد من تطبيقه الا اذا وجد نص خاص .

وقـد ورد فـعـلا قـانون خاص يفيد تطبيق الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشر مـدني. وهذا القـانون هو قـانون التركـات للأجـانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١. فـقـد مـيـز هذا القانون بين أموال التركة المنقولة وغير المنقولة : فبالنسبة للمنقـولات قـد اخـضـعـتها الفقرة (أ) من المادة الرابعة من هذا القانون الى قانون جنسية المتوفى بقولها «توزع الاموال المنقولة التي خلفها المتوفى حسب قانون بلاده ولا يختلف حكم هذا النص مع مـا قـضت به الفـقـرة الاولى من المادة الثامنة عشر مـدني لأن كـلاً منها قد اخضعا الميراث في المنقول إلى قانون جنسية المتوفى . ولكن الامـر على غير ذلك بالنسـبـة لغير المنقول فالمادة التاسعة من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ اخـضـعـت حـقـوق الميراث في غير المنقـول الواقع في الاردن لقـوانين شرق

---

١ ـ قـانون المتـوفى هو الذي يبين مـا اذا كـان من الممكن الاعتداد بالوفاة الحكمية وما هي المدد والشروط والاجـراءات اللازمـة لاصـدار القـرار بوفـاة الغـائب وما حكم وفاة شخصين في حادث واحد لا يعلم أيهما توفي أولاً .

٢ ـ راجع مجلة الحقوق السنة الاولى العدد الأول سنة ٩٤٣ ص ١١٦ دكتور حامد سلطان .

٣ ـ وقـد ذهب البـعض الى القول «بأنه إذا كان المتوفي اردنياً والتركة منها في الاردن وعقارات في المانيـا يقـتضي قـسـمـة التركة الى مجموعتين اردنية والمانية ويمكن أن تكون حصة كل من الورثة في المجـموعة الاولى مختلفة عن حصته في المجموعة الثانية كما يمكن أن يكون الورثة مختلفين في المجـمـوعـة الاولى مما هم في المجـموعة الثانية» الدكتور غالب الداودي في كتابه الموسـوم القانون الدولي الخاص الاردني في الصفحة ١٦٧ . ان مـثل هذا القول غير صـحيح ويخالف نص القانون الذي يخضع الميراث بالنسبة للأردني الى قانون جنسيته وهو القانون الاردني .

الاردن المطبقة على المسلمين[1] .

وهذا يعني ان حكم المادة التاسعة من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ يختلف عما تقرره الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشر مدني فالاولى تعطي الاختصاص في ميراث العقار الى القانون الاردني والاخرى تعطي الاختصاص فيه الى قانون جنسية المتوفى . فكيف نوفق بين هذين النصين؟ تجيبنا عن ذلك المادة (٢٤) مدنى بقولها :

«لا تسري احكام المواد السابقة اذا وجد نص في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها» . فما جاء في الفقرة (١)م (١٨) مدني يعتبر حكمًا عاماً يقيد بما جاء بالمادة التاسعة من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ . وعلى النحو الآتي : ـ

ان نص المادة التاسعة اختص بغير المنقول الواقع في شرق الاردن ، اذ تطبق في وراثته احكام الشريعة الاسلامية . وما دام ان هذا النص قد اختص غير المنقول الموجود في الاردن . فأن غير المنقول الواقع في خارج الاردن لا يشمله حكم هذا النص ويبقى الميراث به خاضعاً لقانون جنسية المتوفى وكما تقضي بذلك الفقرة الاولى من المادة ١٨ مدنى ولكن ما هي الحقوق التي تخضعها المادة (٩) من قانون ٨ لسنة ١٩٤١ للقانون الاردني؟ عرفت المادة الثانية من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ حقوق وراثة الاموال المنقولة بأنها الاراضي المملوكة والاميرية والموقوفة كما تشمل اي حق مسجل في هذه الاراضي .

ولكن الى اي مدى يصار الى تطبيق احكام الشريعة الاسلامية على غير المنقول الواقع في المملكة الهاشمية ؟

---

٣ ـ المادة التاسعة من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ «المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الاحوال حقوق وراثة الاموال غير المنقولة الواقعة في شرق الاردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة ، ويجب ان تطبق هذه الاحكام بصرف النظر عن اي تصرف قام به المتوفى او وكالة اعطاها بقصد التنفيذ بعد وفاته سواء اكان ذلك بوصيته او بطريق آخر» .

تحـدثت المادة الرابعـة من هذا القـانون عن توزيع اموال الاجنبي المتوفى اذ اولى الاخـتـصـاص في توزيع المنقـول الى قانون المتوفى اما غير المنقول الواقع في الاردن فأن المادة التاسعة من هذا القانون اخضعت حقوق الوراثة فيها الى احكام الشريعة الاسلامية .

ومن فـحص هذين النصين على نحـو دقـيق نسـتطيع القـول بأن نطاق تطبيق احكام الشريعـة الاسـلامـيـة يقـتصر على توزيع حقوق الميراث في العقار الواقع في الاردن . اي ان حـصص الميراث هي التي يرجع فيها الى احكام الشريعة الاسلامية وفـيما عـدا ذلك وكل مـا يتعلق بالميراث كالشروط اللازمة للميراث نرى انها تبقى محكومـة بمـوجب القـانون الذي يتـعين بمقتضى الفقرة (١) مـن المادة ١٨ من القانون المدني وهو قانون جنسية المتوفى .

وبعـد الانتـهـاء من تحـديد القـانون الذي يرجع إليه في حكم الميراث يتعين ان نتـعـرف على القـانون الذي يحكم سـبب التوارث (رابطة القرابة او النسب) وكذلك القانون الذي يخضع له انتقال ملكية المال الموروث .

وبخـصـوص رابطة القـرابة أو النسب التي هي سـبب التوارث فيرجع فيها الى القـانون الذي تحـدده قاعدة الاسناد في كل أمر من هذه الأمور ، فصحة الزواج أو بطلانه يحدد في ضـوء القـانون الذي تحـدده قـاعـدة الاسناد والخـاصة بشروط الزواج ، وصـحة النسب وشرعية المولود يرجع فيها الى القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد الخاصة بذلك وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج .

أمـا المسائل الخاصة بانتقال ملكية أموال التركة غير المنقولة وحيازتها والحقوق العـينية الأخرى المتعلقة بها فتخرج عن اختصاص قانون المتوفى . وتخضع لقانون مـوقع المال غير المنقول ، وبالنسبة لانتقال ملكية اموال التركة المنقولة يسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت الوفاة .

ويحكم قـانون موقع المال الإجراءات اللازمة لسلامة المعاملات وحقوق الآخرين كالمحافظة على حقوق الدائنين وإدارة أموال التركة ويختص قانون محل وجود المال

أيضاً في كل ما يتعلق بالمحافظة على التركة وإدارتها ووضع الأختام والجرد واقامة حارس أو مدير مؤقت وجميع الاجراءات التحفظية الأخرى .

وإذا كـان المتـوفى أردنيـاً مـسلمًا فإن تحديد الورثة ونصيب كل منهم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية عملاً بأحكام الفقرة (٢) من المادة (١٠٨٦) من القانون المدني ، وأعمال قـواعـد الشريعـة الإسـلامـية يؤدي الى الأخذ بموانع الميراث وهي القتل واختلاف الدين واختلاف الدارين بشرط انتفاء العصمة أي تستبيح كل دولة حرب الاخرى وتنقطع الموالات بينهما ويعني ذلك أن الأجنبي الذي هو من دولة في حـرب مـع الأردن يحـرم حـسـب أحـكـام الـشريعـة من ميراث الأردني المسلم ، والأجنبي غير المسلم لا يرث الأردني المسلم .

أمـا إذا كان المتوفى أجنبياً مسلمًا ، وكان قانون جنسيته لا يعتبر اختلاف الدين مـانعـاً من مـوانع الميراث فـفي تصورنا نمتنع عن تطبيق قانون جنسيته لمخالفته للنظام العام .

وفي حـالة وفـاة الأجنبي بدون وارث وكان قانون جنسيته يقضي بإعطاء التركة الشـاغـرة لدولتـه ، فـلا ينال قانون جنسية المتوفى التطبيق لان التركة الشاغرة في الأردن يقـتضي أن تكون لبـيت المال (وزارة الأوقاف) بصرف النظر عما ينص عليه قـانون جنسـيـة المتـوفى . وهذا هو اتجاه المشرع والذي تعبر عنه الفقرة (جـ) من المادة (١٨١) من قـانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بقولها «إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة الى وزارة الأوقاف» .

ثانياً : الوصيــة

الوصـيـة تصرف في التركـة مـضـاف الى مـا بعد الموت (مقتضاه) التمليك بلا عـوض، ومع أن الصـفـة المالية تطغى على الوصية إلا أنها من الأحوال الشخصية وأخضعتها التشريعات لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة وبهذا أخذ القانون المدني الأردني في المادة الثامنة عشرة في فقرتها الأولى بقولها «يسري على الميراث والوصية

وســائر التصرفـات المضــافة الى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته» .

وبما أن الوصـيـة وســائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت كعقود التوريث هي عـمل ارادي مقتضاه التمليك بدون عوض مضاف الى ما بعد الموت لذا يستلزم استكمال شروط موضوعية وأخرى شكلية .

الشروط الموضوعية :

أخـضـع هذا النص الوصية من حيث الموضوع للقانون الذي بحكم الميراث وهو قـانون جنسـيـة الموصي وقت الوفـاة وهذا يعني أن قـانون جنسية الموصي بحكم المســائل المرتبطة ارتبـاطاً وثيـقاً بالميراث ، ولكون الوصية هي تصرف ارادي فهي تخضع للقواعد التي تحكم التصرف الارداي .

ونبني على ما تقدم من القول بأن كل ما يتعلق أو يرتبط بالميراث يحكمه قانون جنسية الموصي، فقانون جنسية الموصي وقت الوفاة يحكم حرية الموصي في الإيصاء وذلك من حـيث القدر الجائز الإيصاء به عند وجود ورثة أو عند عدم وجود ورثة فـالوصـيـة لو جـاوزت عند تنظيمها القدر المسموح لإيصاء به قانوناً ، ولكنها لم تخرج عنه وقت الوفـاة لما طرأ على ثروة الموصي من زيادة بعـد تنظيـمها فإنها في هذه الحـالة تعتبر صحيحة (١) لأن تحـديد القـدر المســموح الإيصاء به يتم وقت الوفاة لإرتباط ذلك إرتباطاً وثيقاً بالميراث .

وتحـديد القـدر الذي تجوز فيه الوصية يكون بما يقرره قانون جنسية الموصي للمنقول أما بالنسبة للعقار فالأمر مختلف، كما هو عليه الحال في الميراث، فأن كان العـقـار في الخـارج فالقدر الجائز الايصاء به يبقى خاضعاً لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة (٢)، أمـا اذا كـان غير المنقول في المملكة الاردنية الهاشمية فلا يجوز ان يتـجـاوز القـدر الجائز الإيصاء به على الثلث لأن المادة التاسعة من قانون رقم ٨

١ ـ مجلة الحقوق المصرية السنة الاولى العدد الأول والثاني سنة ١٩٤٢ دكتور حامد سلطان .

٢ ـ ولا مجال للقـول هنا بأن القـدر الذي تجـوز الوصـيـة فيه يعتبر من النظام العام ويقتضي اخضاعه لأحكام الشريعة الاسلامية وتقيده بالثلث وانما يخضع لقانون الموصي .

لسنة ١٩٤١ اخضعت الميراث فيه لاحكام القوانين الاردنية الهاشمية [١] .

ويرتبط بالميراث ويخضع لقانون الموصى وقت الوفاة مدى حرية الموصي للإيصاء من حيث الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم [٢] ويحكم هذا القانون ايضاً أهلية الموصى له لقبول الوصية أو رفضها وشروط إجازتها من الورثة إن كانت هذه الإجازة ضرورية ، ويحكم أيضاً شروط الرجوع فيها ويطبق (قانون الموصى وقت الوفاة) على الآثار الي تترتب على الوصية كالإلتزمات التي يتحملها لموصي له وغير ذلك .

ومن الشروط الموضوعية للوصية أهلية الموصي ، والمقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء فهل تخضع الأهلية لقانون الموصي وقت الوفاة أم أنها تخضع للقاعدة التي تعطي الاختصاص في الأهلية لقانون الجنسية وقت إجراء التصرف؟

يرى بعض شراح القانون المصري وجوب اخضاع الشروط الموضوعية للوصيه لقانون الموصي وقت الوفاة بشكل شامل بما في ذلك الأهلية ، ومفاد هذا القول أن كمال الأهلية أو عدم كمالها يتحدد وقت الوفاة لا وقت تنظيم الوصية ، ويذهب فريق آخر الى إخراج الأهلية وعيوب الرضا في الوصية من مجال أعمال القاعدة التي تخضع الوصية الى قانون الموصي وقت الوفاة لأن الوصية تصرف إرادي

---

١ ـ تمييز حقوق ٣٠٤/ ١٩٧٤ « اذا نص قانون بلاد المتوفى على جواز الوصية بالاموال المنقولة بأكثر من الثلث جاز الا في الاموال غير المنقولة فلا يجوز لأن الميراث فيها قد أخضعته المادة التاسعة من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ لاحكام قوانين المملكة الاردنية الهاشمية المطبقة على المسلمين . وحيث ان القواعد المطبقة على المسلمين لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث فأن هذا القدر الجائز الايصاء به يتحدد تطبيقه في الاموال غير المنقولة فقط اما في المنقول فيرجع فيه الى قانون جنسية الموصي» المحامين سنة ٢٣ عدد٧ ، ٨ص٩١٠ .

٢ ـ كأن لا يكون قاتلا او وارثا بالنسبة لبعض القوانين فالمادة ١١٠٨ من القانون المدني العراقي تجيز الوصية لوارث او غير وارث في الثلث ـ وفي القانون الكويتي طبقاً للمذهب المالكي تعتبر الوصية لوارث غير جائزة . وتقدير ما اذا كان الموصى له جائز الايصاء له ام لا يحكم فيها قانون جنسية الموصي وقت الوفاة لارتباط ذلك بالميراث لا وقت انشاء الوصية لانه خلافة للموصى له للموصي تحقق وقت الوفاة .

وككل تصرف إرادي فـالأهليـة اللازمـة له والرضـا وصحة الارادة فيه تخضع لا لقـانون الموصي وقت الوفـاة وإنما لقانون جنسية الموصي وقت إجراء التصرف أي وقت تنظيم الوصية . فالأهلية اللازمة للإيصاء تحكم بالقانون الذي تحدده الفقرة الأولى مـن المـادة (١٢) مـن الـقـانـون المـدني ، وعليـه فـسن البلوغ والخلو من العـوارض التي تؤثر في الأهليـة وعيوب الرضا يسري عليها قانون جنسية الموصي تاريخ تنظيم الوصـيـة لا وقت الوفـاة ، ونحن نمـيل الى هذا الرأي لأن المشرع قد وضع نصـاً خـاصاً بالأهلية يسري على كافة التصرفات ولا يصح الخروج عنه إلا بوجـود نص صريح يخضع فـيه الأهلية إستثناءاً لقانون آخر وقت صدور القبول منه .

الشروط الشكلية :

الشروط الشكليـة لتنظيم الوصـيـة قـد تختلف من قـانون لآخر منها ما تجيز الوصـية إذا تمت بالعبارة أو بالكتابة أو بمجرد الإشارة ومنها ما يشترط إستيفاء شكل مـعين فـيـهـا . وقـد أخضعت بعض قواعد تنازع القوانين الشروط الشكلية للتصرفـات المضـافـة لما بعـد الموت لقـانون البلد الذي تمت فيه الوصية ومنها ما استلزم تنظيمها وفقاً لقانون الموصي .

ويقـصـد بالشكل إظهـار الارادة الى العـالم الخارجي وقد افرد المشرع الأردني شكل الوصـيـة ومـا في حكمها بنص خاص وهو الفقرة (٢) مـن المادة (١٨) من القـانون المدني التي أجـازت الرجوع في الشكل الى قانون الموصي وقت الإيصاء أو قـانون البلد الذي تمت فيه بقولها «ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه ...» .

وبعـد بيـان القـانون الذي تخضع له الوصية من الناحية الموضوعية والشكلية يتعين معرفة ما إذا تعتبر وصية الأردني للأجنبي جائزة أم غير جائزة .

بما أن الوصـية تمليك مضـاف الى ما بعد الموت ، ولكون الرابطة وثيقة ما بينها

وبين الميراث فيقضي اخضاعها للقيود الخاصة بتوارث الأجنبي للأردني وبذلك يشترط انتفاء موانع الميراث فيها ، غير أنه بخلاف الميراث ، لا يعتبر مجرد اختلاف الدين في الوصية مانعاً من الاستحقاق بها ولا في صحتها.

والدليل على صحة وصية المسلم لغير الآية الكريمة ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾ (١) . صدق الله العظيم . وبهذا تصح وصية المسلم لغير المسلم شريطة ان لا تكون الجهة الموصى اليها جهة معصيه ، وان لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي . أما إذا كان الموصي الاردني غير مسلم وجب أن لا يكون الموصىٰ له في دار حرب انقطعت معها العصمه .

---

١ ـ سورة المتحنة الآية «٨» .

المبحث الثاني

الأمـــوال

الأمـوال قـد تكون حـقـاً مـادياً أو مـعنوياً، منقـولاً أو عـقاراً. وقد يكون المال مـوضـوع علاقة قانونية دولية مما يثير تنازعاً بين القوانين ذات المساس بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي . ولتـحـديد قـاعـدة الإسناد لتعيين القانون المختص وكيفية أعماله يسـتلزم أولاً وقـبل كل شيء تحـديد طبيعة المال لمعرفة ما إذا كان مادياً أو مـعنوياً منقـولاً أو غير منقـول ، ويرجع في تحـديد طبـيعة المال ونوعه الى قانون القـاضي اذا اعتبر تكيفاً اولياً ومن اختصاص قانون موقع المال اذا عد الوصف من التكييفات اللاحقة .

وقـد أخـضع المشرع الأردني نظام الأمـوال الى قانون الموقع عقاراً كان المال أو منقـولاً ، وهذا ما تحدثت عنه المادة (١٩) من القـانون المدني بقولـها «يسري على الحـيـازة والملكيـة والحـقـوق العـينيـة الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسـبـة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السـبب الذي ترتب عليـه كـسب الحـيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها» .

وهذا النص لا يعـرض إلا للأشـيـاء المادية إذ أخضـع الاختصـاص فيها لقانون الموقع سـواء كـان هذا القـانون قـانون القـاضي أو قـانون أجنبي وتعيين القانون المخـتص بناء على ظرف مـوقع المال لا يقضي سوى التحقق من واقعة مادية وهي وجـود المال في اقليم دولة مـعـينة وتبرر قـاعـدة اخـضـاع المال لقـانون الموقع ، وبالخـصوص بالنسبة لغير المنقول ، باعتبارات متعددة منها اعتبارات تاريخية إذا القـينا نظرة على النظريات المقترحـة لحل تنازل القـوانين نجـد أنها قد أجمعت على اعطاء الاخـتـصـاص بالنسبة للأموال الى قانون المال وبالإضافة الى ذلك فإن اعطاء الاعـتـبـارات السياسية وبخاصة بالنسبة للعقار كونه جزأ من اقليم الدولة تحول دون اخـضــاع لقـانون أجنبي ويعـتبر ذلك مـاسـاً بسـيادة الدولة . ومن الناحية

العملية فان اخضاع المال لقانون الموقع سيؤدي الى حكم الأموال داخل كل دولة بقانون واحد وهذا عامل أساسي في استتباب الطمأنينة في المعاملات ومعرفة القواعد القانونية والعمل بها . وحتى من الناحية الإقتصادية فان اخضاع الأموال لقانون الموقع عامل أساسي في استقرار اقتصاد البلد وثباته .

وكما قلنا في أعلاه إن المادة (١٩) مدني أولت الاختصاص في الاموال الى قانون الموقع . ولا يثير تحديد موقع المال صعوبة بالنسبة للعقار وكذلك بالنسبة للمنقول إذ أن تحديده يتم على أساس موقعه الفعلي . والصعوبة يمكن تصورها للسفن والطائرات والبضائع أثناء النقل والأموال المعنوية والأشياء غير المادية .

فبالنسبة للأموال المادية عقارية كانت أو منقولة فان نطاق المادة (١٩) يسري على ما يلي :

١ ـ تحديد طبيعة المال كونه منقولاً أو غير منقول فمع إن القانون الاردني لم يرد فيه نص يستثني موضوع تكييف الاموال من اختصاص قانون القاضي ويخضعه لقانون موقع المال ، فإن الاختصاص لقانون الموقع يقوم على أساس ان تمييز الاموال يعتبر من التكييفات اللاحقة ويولي الاختصاص فيها الى قانون الموقع .

٢ ـ يختص قانون موقع المال بتحديد الحقوق التي يمكن أن تترتب على المال (١) وتعيين طبيعتها والقيود التي ترد عليها وآثارها وطرق اكتسابها سواء بارادة الافراد أو بوضع اليد ومرور الزمان والميراث وانتقالها وانتهائها وسواء كانت تلك الحقوق عينية أو أصلية (حق الملكية) أو حق الانتفاع أو تبعية (كحق الرهن وحق الامتياز) .

وفيما يتعلق بحق الرهن القانوني الذي تقرره بعض القوانين للزوجة على أموال الزوج أو للقاصر على أموال الوصي فإنه لا يكفي فيها أن يقرر هذا الحق في قانون البلد الذي وجد فيه العقار وإنما يستلزم أن يقرره أيضاً القانون الذي يحكم الدين

---

١ ـ كحق الملكية ، حق الشفعة ، المساطحه ، الاتفاق ، الرهن

المضـمون . وبناء على ذلك لو كان قانون المرأة الأجنبي يخول المرأة حق الرهن على أمـوال زوجـهـا الموجـودة في الأردن فما دام مـثل هذا الحق لا يقـره قانون موقع العقار (القانون الاردني) فلا يكون في مقدور الزوجة الاستفادة منه في الاردن .

ويشـمل اخـتصاص قانون موقع المال طرق اكتساب وانتقال وانقضاء الحق في المال يكون من المفـيـد تحـديد نطاق مجال اعمال تطبيق قانون الموقع بالنسبة لكل سـبب من أسباب الاكتساب . وكما نعلم أن الحق يكتسب بحكم القانون أو الميراث أو الوصية أو العقد ويتحدد نطاق تطبيق قاعدة موقع المال بالشكل الآتي ما يقرره القـانون من أسـبـاب لكسب الحق كـالحيازة والاستيلاء والالتصاق فهذه الاسباب وفي كل أحكامـهـا يطبق في شأنها قـانون محل وجود المال وعلى ذلك تسري احكام القـانون الاردني فيما يخص الاسباب على الاموال الموجودة في الاردن .

أما إذا كان سبب الاكتساب هو الميراث أو الوصية فان مجال تطبيق قانون البلد الذي وجـد فـيـه المال ينحصر بالأثر الناقل للحق ، أما الميراث والوصية فيحكمهما القـانون الذي تجـدده القـاعـدة الخاصة بكل منهما وهو قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة .

وفـيما يتـعلق بالعـقد كسبب من أسباب كسب الملكية فان مجال سريان قانون مـوقع المال يختلف في العـقار عنه في المنقول . لأن الفقرة (٢) من المادة (٢٠) من القـانون المدني خـصت العـقار بقولها «إن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار» .

واسـتناداً الى هذا فـان هذا النص يمـتـد ليـحكم الشروط الموضـوعـية اللازمة لانعـقـاد العـقـد المترتب على العقار ويشمل ما يولده العقد من آثار بما في ذلك من حقوق شخصية أيضاً كعقد الايجار[١] .

ويرى البـعض أن قـانون مـوقع العقار يحكم العقد بما في ذلك الأهلية والشكل

---

١ ـ دكـتـور فـؤاد عـبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد ، المذكور ٢٧١ ، دكـتـور مرتـضى نصر الله ، مبادىء القانون الدولي الخاص التجاري ، بغداد : ١٩٦٢ ، ص١٨ .

اللازمين للعقد [1] في حين يرى آخرون بأن الأهلية تخرج من اختصاص قانون موقع العقار وتحكم بموجب قانون الجنسية[2] .

أما فيما يخص المنقول واكتساب الحق فيه بالعقد فان مجال تطبيق قانون البلد الذي وجد فيه المال ينحصر بما يتعلق بأثر العقد في إنشاء الحق العيني أو زواله أما العقد المنشيء للحق فإنه تصرف إرادي يحكمه القانون الذي تعينه القاعدة الخاصة بهذا الشأن فالأهلية مثلا يختص بها قانون الجنسية وشروط تكوين العقد المنصب على المال فيعطى فيها الاختصاص للقانون المختص في تكوين العقد[3] .

وقد ينشأ عن تغيير موقع المال المنقول تنازع بين قانون موقع المال القديم وقانون موقعه الجديد ، كما لو باعه المالك في موقعه القديم ثم عاد وباعه في موقعه الجديد . فيحل التنازع بترجيح أول قانون تحقق فيه السبب الناقل للملكية واكتسب الحق بموجبه ونوضح ذلك بما يأتي :

لو باع مالك المنقول ماله مرتين ، الأولى عند وجود المال في بلد يشترط قانونه لنقل الملكية تسليم المبيع إلا أنه لم يسلمه . والثانية في بلد يكتفي قانونه لانتقال ملكية المبيع بالتراضي فقط فان البائع لا يستطيع التخلص من البيع الثاني محتجاً بالبيع الأول وذلك لأن حق المشتري الأول لم يستوفِ كل عناصره كحق مكتسب في القانون الدولي الخاص لعدم تسليم المبيع . وعلى العكس من ذلك فان المشتري الثاني يستطيع التمسك بعقد البيع الثاني بتغليب قانون موقع المال الثاني لأن تطبيقه يؤدي الى احترام الحقوق المكتسبة[4] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن أعمال قانون موقع المنقول الفعلي ليس يسيراً في كل

---

١ ـ دكتور صلاح الدين الناهي ، التعليقات الوافية ، ص١٥٧ . راجع تفصيل ذلك في مؤلفنا القانون الدولي الخاص ، طبعة ١٩٨٢ ص١٣١ .

٢ ـ دكتور فؤاد عبد المنعم رياض ، المذكور ، ص٢٧١ . الدكتور عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ص٣٨٢ .

٣ ـ دكتور منصور مصطفى منصور ، ص٢٩٠ .

٤ ـ الوشاحي ، ٣٢٤ ، جابر عبد الرحمن ، العربي ، ٥١٨ ، الدكتور حامد زكي ٣١٣ .

الأحـوال ، فثمة صعوبات تحيط تطبيق هذ القاعدة وترجع هذه الصعوبات الى عدم مـعـرفـة مـوقع المال على وجه الدقة بسبب عدم استقرار المنقول وقابليته للحركة والانتـقال كالبواخر والطائرات والبضائع العابرة ... الخ .

وتذليل هذه الصعوبات يكون على الشكل الآتي :

١ ـ البواخر والطائرات :

إن طبـيعة هذه الأموال تجعلها في تنقل مستمر وقد توجد في محل لا سلطة فيه لدولة مـعينة وبالتالي فليس هناك قانون يحكمها ، مما يثير صعوبة في شأن تحديد القانون المختص . ويكون حلها على الشكل التالي :

تتـمـيـز السـفن والطائرات عن الأمـوال المنقـولة العـادية بتـمـتـعها بما يشبه الشـخـصية المعنوية ، وبناء على أهميتها فقد أخضعت الى نظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقالها وقابليتها للرهن ... الخ .

وهي تشـبـه الأشخاص من حيث تسميتها باسم ومن حيث إنتمائها لدولة من الدول بتـسـجـيلهـا في أحـد مـوانيـها أو حمل علمها ، لذلك يكون القانون الواجب التطبـيق بالنسـبـة للسـفن هو قانون دولة الميناء الذي سجلت فيه ، أما الطائرات فتخضع لقانون الدولة التي تحمل علمها وتنتسب اليها .

٢ ـ البضائع المشحونة :

وهـي الأمـوال المـوجـودة عـلى ظهـر إحـدى وسـائل النقل والتي تركت محل تصـديرها في طريقها الى البلد المرسل اليه وقد تكون هذه البضائع موضوع علاقة قـانونيـة في أثناء ذلك ولتحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقة قدمت عدة اقتراحات : قيل إن كان محل البضاعة معلوماً كأن تكون في المحطات والموانيء فان قـانون محل وجـود البـضـاعة يختص في حكم العلاقات القانونية التي موضوعها هذه البـضـاعـة أمـا إذا كـانت هذه البـضـاعـة متحركة فيذهب البعض الى إعطاء الاخـتـصـاص الى قانون البلد الذي صدرت اليه البضاعة ويلاحظ أن هذا القانون قابل للتغيير عندما يأمر مرسل البضاعة بتغيير اتجاهها في أثناء النقل وإرسالها الى

دولة أخـرى . ورأى آخـرون ان التصرفات الواقعة على مثل هذه البضاعة يجب ان تخضع الى قـانون البلد الذي سـجلت فـيه واسطة النقل إن كانت مسجلة معتبرين البـاخـرة أو الطائرة جـزءاً من إقليم الدولة الذي تنتـسب إليـه واسطة النقل ، ولا يخضـعوها الى قانون الجهة المرسلة إليها إلا إذا كنت واسطة النقل غير مسجلة أو كـانت البـضـائع مشحونة براً ، وإذا تحقق للبضاعة أثناء النقل استمرار مؤقت في مكان ما فان قانون ذلك المكان يصبح مختصاً .

٣ ـ وسائل النقل الأخرى :

ونريد من ذلك وسائل النقل التي لا تحمل علمًا معيناً كالسيارات والعربات هذه يخضـعـهـا البـعض الى قـانون البلد الذي سـجلت فـيـه في حين ان البعض الآخر يخضـعـهـا الى قـانون البلد الذي وجـدت فـيه أثناء التصرف مشبهينها بالبضـائع العابرة التي لها استمرار مؤقت في مكان ما .

المطلب الثالث

المنقولات غير المادية

Les Meubles Incoporelles

وتتضمن الأموال غير المادية حقوق الملكية الفكرية والديون والمحلات التجارية ومثل هذه الحقوق لا يمكن وصفها بأنها أموال منوقلة للقول بإخضاعها الى قانون موضعها الفعلي بشكل مطلق ، لذلك يفضل دراستها كلاً على انفراد .

أ ـ المركز التجاري :

وهو مجموعة من الأموال المادية والمعنوية ، وتدخل المحلات التجارية في الأحوال العينية ذلك لأنها تتكون بصورة عامة من عناصر مادية ، أما عنصرها الأساس المعنوي (الزبائن) ، فهو مثبت أو على الأقل مركز في محل ويستند الى العقار أو الى حق الإيجار ، يعد من المنقولات[1] .

وحيث أن المحل التجاري يتكون ـ بصورة عامة ـ من أموال منقولة مختلفة يمكن أن تتركز في أماكن مختلفة ، فيخضع ، كما هو عليه الحال بالنسبة للمنقولات ، الى قانون موقع المال الفعلي أي الى قانون موقع المحل التجاري . إلا أن تطبيق هذه القاعدة ليس بالهين اليسير فثمة صعوبات تنشأ من انتشارواختلاف عناصر المتجر. فهو يتكون في أغلب الأحيان من منقولات مختلفة وتوجد في أقاليم عدة كأن تكون البضاعة في إقليم والمخازن في إقليم آخر والمواد والأدوات في إقليم ثالث ، ففي أي محل من هذه المحلات يتركز العنصر الرئيسي للمركز التجاري؟

لا شك أن التفضيل سيكون للبلد الذي توجد فيه معظم العناصر الأساسية

---

١ ـ المادتين ٣٨ و ٣٩ من قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ راجع القانون التجاري الاردني للمؤلف الدكتور محمد حسن اسماعيل . والمادة ٦٦ من القانون التجاري العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ في تعريف المتجر . وراجع تفصيل المركز التجاري ، دكتور محمد حسن عباس ـ الملكية الصناعية والمحل التجاري ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة : ١٩٧١ ، ص٤٦٠ .

كعنصَر الزبائن (١) ويخضع المحل التـجـاري لقـانون هذا البلد . وفي حـالة وجود فروع للمحل التجاري يخضع كل فرع لقانون الجهة التي أسس فيها الفرع[٢] .

يختص قانون موقع المحل التجاري في طرق اكتساب الحقوق المترتبة على المتجر وانتـقـالها وانتـهائها ، ويختص أيضاً في نظام إعلان الأعمال القانونية الواقعة على المحل التـجـاري والالتـزامات الخاصة كمسك الدفاتر والتسجيل بالسجل التجاري وإعـلان بعض التصرفـات الخاصة بالتاجر والتي لها آثارها على ذمته كعقد الزواج والنظام المالي للزوجين . ولا يخفى بأن للمحلات التجارية الحق في اتخاذ أسماء (٣) أو عـلامـات تجارية (٤) تميـزها عن غيرها وتحـمـيـهـا من المنافسة غير المشروعة ويستـمـد الحق في هذه الأسماء والعـلامات من الأسبقية في استعمالها للدلالة على مشروع مـعين . ينبني على ذلك اخضاع الاختصاص في هذا الحق الى قانون الدولة التي يوجـد فيها المشروع الذي تميزه العلامة أو الإسم ، ويطبق هذا القانون في كل مـا يتـعلق بشروط اكـتساب الحق في العلامة أو الإسم والآثار المترتبة على اكتسابه ومدة استغلاله ونطاق استعماله وانتهائه وحمايته .

وَمع ذلك هناك اتجاه حديث يرمي الى اخضاع مثل هذ الحقوق والتمسك بها الى قانون الدولة التي يراد فيها التمسك بالحق على إقليمها[٥] .

ب ـ الملكية الفكرية :

ويراد بها الحـقـوق الأدبيـة والفنية والصناعية وقد احتدم النقاش حول طبيعة هذه الحقوق (٦) . فبمقتضى نظرية أولى سميت هذه الحقوق بالملكية رغم أن طبيعة

١ ـ Tyan D.I.P. 1966 Page 25 .

٢ ـ Batiffol 1956 page. 584 .

٣ ـ الاسم التـجـاري مـال منقـول معنوي قابل للتعامل . دكتور محمد حسني عباس ـ المذكور ص١٥ .

٤ ـ العـلامـة التـجـارية رمـز يتـخـذه التاجر شعاراً مميزاً لمنتجات او خدمات يؤديها المشروع ، المصدر السابق ، ١٢ .

٥ ـ راجع دكور هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ، ١٩٧٤ ، ص٨١٨ .

٦ ـ راجع للمـؤلف د. حـسن الهداوي ، الجنسـيـة ومركز الاجانب ، سنة ٧٢ ص٣٣١ ، العـقد الموصي بعمل شيء فني وآثاره القانونية ـ ص١٣٣ ، رسالة بالفرنسية سنة ١٩٥٩ .

El Haddawi Hassan, Le Contrat De Commonde D objet D art et ses suites de driot 1959

هذا الحق تختلف عن الطبيعة القانونية للملكية ، إذ أن من طبيعة حق الملكية أن يكون قاصراً على المالك وأن يكون مؤبداً ، وحق المؤلف على انتاجه على العكس من ذلك لا يمكن أن يكون قاصراً على المؤلف إذ لا يجني أية منفعة له إلا بانتشاره بين أفراد المجتمع . ولا يدخل هذا الحق حقل الحقوق المالية إلا في اللحظة التي يمكن أن يعرف بها وترتبط قيمته الاقتصادية تمام الارتباط بانتشاره ، وتزداد مبيعاته بنسبة ازدياد انتشاره ومعرفته من قبل المجتمع .

ولا يمكن أن يوصف هذا الحق بأنه مؤبد لانه يختفي ويتلاشى في نهاية أجل ، فحق استغلاله لا يبقى إلا لأجل معين بعد وفاة المؤلف ومن ثم يصبح المؤلف ملكاً عاماً للمجتمع أن يتمتع به . أي يبتدىء هذا الحق بحق خاص وينتهي بحق عام .

تحت هذه الإنتقادات الوجيهة يتضح أن اصطلاح الملكية لا يمكن أن ينطبق على هذا الحق لاختلاف طبيعتها .

لذلك ظهرت نظرية ثانية هي نظرية (حقوق الشخصية) ويراد بها الحقوق التي يكون محلها حماية الشخص نفسه كالحق في حسن السمعة والاحترام والحق في الإسم . وبموجب هذه النظرية يكون المؤلف بنشر عمله الفني أو الأدبي قد عرض نفسه وكشف ذاته الباطنية للمجتمع وعرض شخصيته . وكان لهذه النظرية الفضل في تجسيم توضيح أهمية الحق الأدبي للمؤلف ، إلا أنها بدلاً من أن تنفع الفنان صارت وبالاً عليه إذ أن المنشيء لا يستطيع بمقتضاها استثمار عمله لأن حقوق الشخصية خارج التعامل التجاري فحق الإسم والكرامة لا يمكن بيعها أو استثمارها .

وقد ظهرت نظرية ثالثة مفادها أن هذا الحق يتضمن جانبين : جانباً أدبياً أو معنوياً وجانباً مالياً .

فبموجب الحق المالي يستطيع المؤلف أن يستثمر عمله تجارياً ، وبموجب الحق المعنوي يستطيع الدفاع عن تأليفه من الإعتداء أو التحريف المحتمل الوقوع ويسمح له بتعديل وتغيير عمله وحتى محوه والغائه من الوجود .

وإن هذين الجـانبين : المعنوي والمالي ، ليـسا بحقين مـختلفين ولكنهما في الواقع وجـهـان مختلفـان لحق واحـد ، ولكل منهما صفاته الخاصة ودراستها تخرج عن نطاق بحثنا هذا .

وبما أن هـذا الحـق يختلف عن حق الملكيـة لهذا يلزم وضع قـواعـد خـاصـة لحمايتـه وقـد اهتـمت الدول بوضع قوانين خاصة تحمي هذا الفرع من الحقوق . فظهـر في فـرنسـا قانون يحمي وينظم حق المؤلف سنة ١٧٩١ وفي بلجـيكا سنة ١٨٦٦ وفي سـويسرا سنة ١٩٢٦ وكـذلك وضـعت قـوانين خاصة في دول أخرى كإنكلترا لتنظيم هذا الحق .

والى جـانب القـوانين الداخليـة ظهـرت اتفاقات دولية تنظم هذا الحق في الميدان الدولي اعترفت بمـوجـبها الدول الموقعة بحق المؤلف الأجنبي والتابع لإحدى الدول المتعاقدة بأن يتمتع بحماية حقه الأدبي أو الفني .

ومن المعلوم أن من طبـيـعة استعمال هذه الحقوق أن تثير تنازعاً بشكل أوسع مما في الحـقوق الأخرى ، ويرجع ذلك الى قابلية هذه الحقوق للإنتشار والإستعمال في أقـاليم مختلفـة ، ولهذه الأسباب فقد إلتجأت عدة دول الى تنظيم استعمال هذه الحـقـوق ووضع قـواعـد موحدة عن طريق الاتفاقات الدولية لتبني حلول متماثلة لحكم الحـقوق الأدبية والفنية والصناعية ولمنع ظهور التنازع بين قوانين الدول (١)، إلا أن وضع هذه النصـوص لا يؤدي الى اخـتفاء التنازع وذلك بسبب وجود دول لم تشترك في مثل هذه الإتحادات ، حيث تبقى المشكله قائمة بالنسبة للعلاقات التي يكون أبناء الدول غير المشتركـة طرفـاً فيها مما يستلزم تعيين القانون الملائم لحل مثل هذا التنازع وقد طرحت في هذا الشأن عدة آراء .

والرأي الأول مـفاده أن القانون الملائم هو القانون الشخصي للمؤلف لأن المؤلف بنشر عـمله الفني والأدبي يعـرض نفـسـه ويكشف ذاته للمجتمع وهناك رأي ثان يعطي الاختصاص الى قانون البلد الذي طلبت الحماية فيه وقيل أخيراً بأنه لا ينكر

---

١ ـ اتحاد باريس في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٢ واتحاد برن في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ .

من أن القانون الأكثر فعالية لحماية هذا الانتاج هو قانون بلد الأصل وهو الذي ظهر فيه الانتاج أول مرة[1] .

فبالنسبة للملكية الأدبية والفنية ، يعطى الاختصاص لقانون بلد الأصل أي قانون البلد الذي تم فيه الطبع والنشر ، ومثل هذا المعيار ليس نافعاً دائمًا لحل التنازع لعدم اتفاق القوانين الداخلية للدول المختلفة على تعريف النشر وشروطه . ولأن الطبع والنشر قد يتم في قت واحد في عدة دول .

أما التنازع المتعلق بالملكية الصناعية فيعطي الاختصاص فيه بالنسبة لبراءة الاختراع (٢) الى قانون الدولة التي منحت البراءة فيها . وتخضع العلامات الفارقة لقانون البلد الذي وضعت فيه للاستعمال والاستثمار وهو في اغلب الاحيان البلد الذيَ سجلت فيه العلامة الفارقة ويتبع الحل نفسه بالنسبة للموديلات حيث يعتبر قانون بلد تسجيلها مختصاً بحكم النزاع الناشيء بشأنها .

وبهذا أخذت قواعد الاسناد لكثير من الدول العربية والأجنبية مثلاً في الكويت حدد قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ القانون المختص في حكم كل حق من هذه الحقوق. فالبنسبة للملكية الأدبية والفنية اسندت المادة (٥٧) منه الاختصاص فيها لقانون بلد النشر أو الاخراج الأول ، فقانون البلد الذي تم فيه ، الطبع أو الرسم أو النحت أو التسجيل أو العرض ، لأول مرة يصبح مختصاً في حكم هذه الحقوق، ويتحدد بمقتضاها موضوع الحق ونطاقه ، مدة استغلاله وانتقاله وحمايته ... الخ.

وبالنسبة لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (٣) فاخضعتها المادة (٥٨) منه لقانون موقعها . واعتبر القانون الكويتي موقع براءة الاختراع في البلد

---

١ ـ راجع الآراء المختلفة Plaisant Proprieté litteràire Fascicules 21 Page 7 et 24. 17

٢ ـ «وهي الحق في لاستثمار بتطبيق اختراع صناعي» ، دكتور حسني عباس الملكية الصناعية ١٩٧٦ ، ص١٠ .

٣ ـ الرسوم والنماذج : ـ هي تنسيق للخطوط بالوان او بغير الوان لتجميل المنتجات الصناعية . كنموذج تلفزيون لسنة معينة ـ دكتور حسني عباس ، المذكور ، ص١٤ .

الذي منحها وموقع النموذج الصناعي في البلد الذي أودع أو سجل فيه ومع ذلك فإنهَ لا بد وأن يؤخذ بعين الاعتبار ما يقرره قانون الدولة التي يطالب فيها بالحق على الرسم أو النموذج أو البراءة .

ولم نجد في القانون المدني العراقي ولا الأردني نصاً مشابهاً في قواعد الإسناد ولا في قانون الملكية الأدبية الفنية العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ ولا قانون براءة الاختراع رقم ١٥ لسنة ١٩٧٠ .

ويبدو من المادة ٥٣ في قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ ان المشرع الاردني قد اخضع مصنفات الاردنيين التي تنشر في المملكة الاردنية او في خارجها ، الى القانون الاردني . اما مصنفات المؤلفين الاجانب ففرق بين ما ينشر داخل المملكة وما ينشر في خارجها ، اذ أخضع الاولى الى القانون الاردني وترك ما ينشر في الخارج الى ما تقضي به الاتفاقات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل .

ومكنت المادة ٤٩ من قانون العلامة التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ أي شخص أجنبياً كان أم أردنياً أن يطلب حماية علامته التجارية المسجلة في دولة أجنبية مرتبطة مع المملكة الأردنية الهاشمية باتفاق دولي لحماية العلامات التجارية المتبادلة شرط أن يتم تسجيلها في الداخل بمقتضى قانون العلامات التجارية .

ج ـ الديون :

تنشأ الديون إما عن التزامات تعاقدية أو عن أفعال ضارة أو نافعة فإن كان مصدرها الالتزام التعاقدي فيعطي فيها الاختصاص الى قانون ارادة المتعاقدين والذي سنفصله عند دراسته ، وإن كان الالتزام غير تعاقدي فان القانون الذي يحكمه هو قانون محل وقوع الفعل المنشيء للالتزام .

وبالطبع فإن هذا ينحصر في نشأة الحق وإنقضاءه بين الدائن والمدين ، أما إذا نظر اليه كمال يكون محلاً للتعامل فقد تتنازع القوانين في حكمه مما يقتضي إعطاء الاختصاص لواحد منها . ولتحديد هذا القانون نفرق بين الحقوق العادية والحقوق الثابتة في أوراق قابلة للتداول .

١ ـ الحقوق الشخصية العادية :

إن الدين بعـد نشأته في ظل القـانون المختص يكون حقاً شـخصياً قد ينظر اليه باعتباره مالاً معنوياً في ذمة المدين مما يمكن التصرف به ، ففي مقدور الدائن رهنه أو نـقله عن طريق الحـواله ، وينشأ عن هذا التصرف تنازع بين القـوانين مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق . وقد ظهرت اتجاهات مختلفة تجيب عن هذا التساؤل. فقد اخضعت بعض التشريعات التصرف للقانون الذي يحكم مصدر الحق بينما اخـضـعـتـه قـوانين أخـرى للقـانون الذي تم بمـوجـبـه التصرف بالحق . وأخـضــعتها مجموعه ثالثة من التشريعات الى قانون موطن المدين والاتجاه السائد يحدد الاختصاص القانوني ومجال تطبيق القانون المختص بالشكل الآتي :

يخـضــع التصرف الذي بمـوجـبـه تمت الحـوالة لقـانون الارادة والذي تحـدد بمـقـتضى الفقرة الأولى من المادة (٢٠) مدني [١] أمـا قـابلية أو عدم قابلية الحق للإنتقال أو الرهن فيقررها القانون الذي نشأ بموجبه الدين (قانون الارادة إن كان مـصـدر الالتـزام العـقـد) فلو كـان القـانون الذي بموجبه نشأ الحق هو القانون الفـرنسي (القـانون المخـتـار) فـيقتضي الرجوع إليه لمعرفة مكنه تحويل الحق ، أو قـانون محل الفـعل المنشىء للالتزام إن كان مصدر الإلتزام الفعل الضار أو النافع فـوقـوع الفـعل المنشىء للإلتزام في ألمانيا مثلاً يرجع والحالة هذه للقانون الألماني لمعـرفـة مـا إذا كان الحق قابلاً أو غير قابل للإنتقال أو الرهن ويحكم هذا القانون العـلاقـة بين المحال والمحال عليه أما العلاقة بين المحيل والمحال له فيحكمها قانون الارادة . ويرجع الى قـانون مـوطن المدين بالنسـبة لما يلزم اتخاذه لنفاذ الحوالة في حق الغير[٢] .

---

١ ـ التي سنأتي على دراستها .

٢ ـ راجع في ذلك دكـتـور منصـور مـصطفى ـ المرجع السـابق ، ص٣٠٢ ، دكـتـور هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ، سنة ١٩٧٤ ـ ص٣٢٠ . باتيفول سنة ١٩٥٩ ص٥٨٨ .

٢ ـ الحقوق الثابتة في أوراق :

وقـد تظهر الديون مجسدة في أوراق قابلة للتداول فقد تكون لحاملها أو إسمية أو إذنية .

الأوراق لحاملها : Titres Au Porteur

فإن كـانت السندات والأسـهم لحاملها فبما أن الحق الثابت مندمج في السند أو السهم ، ويتداخل فيه لذا فإن حكمها حكم المنقول ومؤدي هذا خضوعها من حيث انتـقالها لقانون الجهة التي وجدت فيها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت بها طبـقـاً لما نصت عليه المادة (١٩) مـدني من أنه «يسري بالنسـبـة للمنقول قانون الدولة التي يوجـد فـيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فـقده» . هذا بخصوص انتقال الأوراق لحاملها . أما العلاقة بين حائز السهم أو السند والجـهـة التي أصـدرته كـالشركة فتخضع للقانون الذي يحكم هذه الجهة . ومـعنى ذلك أن القانون الذي يحكم الشركة التي أصدرت الورقة لحاملها هو الذي يسري على العلاقة بينها وبين الحامل .

الأوراق الإسمية : Titres Nominatifs

أمـا إذا كـانت الحـقـوق الثابتة في أوراق إسمية كالأسهم والسندات الإسمية (١) فـقـد أخـضـع انتـقالها لقانون الهيئة التي اصدرتها وقانون الهيئة هو قانون البلد الذي فيه مركز إدارتها الرئيسي الفعلي .

الأوراق الإذنية :

أمـا فيما يتعلق بالأوراق الإذنية كالكمبيالة أو السند الإذني (الحوالة) أو الشيك

---

١ ـ السندات الاذنيـة هنا هي تلك السندات التي تصـدرها الشركـة كقروض ، اذ تصدر شركات المسـاهمة نوعـين مـن الصـكوك تمـثل حقوقاً لاصحابهـا : الاسهم والسندات ، فمن الاسـهم يتألف رأس مـال الشركـة . أمـا السندات فـتـصـدرها الشركـة عندمـا تكون في حـاجة الى اسـتـقـراض امـوال . راجع الشركـات التـجـارية في القانون العراقي ـ الدكتور احمد ابراهيم البـسام ـ بغداد : ١٩٦٧ والشركـات التـجـارية ـ دكتور مرتضى نصر الله ـ بغداد : ١٩٦٩ ص١٦٣ ـ الشركات التجارية في القانون الاردني ـ د . عزيز العكيلي ـ ص ٣٢١.

فإنها تثير مشاكل معقدة في موضوع تنازع القوانين . ولهذا بذلت جهود دولية تمخضت عن اتفاقيتي جنيف لتوحيد الحلول الواجبة الاتباع . وبالنسبة لهذه الأوراق (١) ولعدم توقيع كافة الدول على الاتفاقية ولعدم شمولية القواعد التي أنشأتها الإتفاقية لكافة أنواع التنازع فإن الحاجة للرجوع الى قواعد تنازع في هذا المجال لا زالت قائمة ، ويتم ذلك من خلال قواعد الاسناد الوطنية بتطبيق النصوص الخاصة إن وجدت وإلا بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة الواردة في القانون المدني الأردني والسائدة في فقه القانون الدولي الخاص ويتم ذلك بالشكل الآتي :

يلزم في الإبتداء التعرف على نوع الورقة وما إذا تعتبر عملاً تجارياً ام لا ويدخل هذا في نطاق التكييف والقانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي فأذا تبين انها عمل تجاري تخضع للقانون التجاري وبما ان الاوراق التجارية شكلية لذا وعملاً بقاعدة الاسناد وبمقتضى المادة الثالثة من اتفاقية جنيف ١٩٣٠ فإن شكل الالتزام الصرفي يحكمه قانون محل الابرام . اما الاهلية اللازمة فالاختصاص فيها لقانون الجنسية (٢) ، ومع ذلك بالنسبة للتصرفات التي تعقد في الاردن اذا كان احد الطرفين اجنبياً وناقص الاهلية ..الخ فتطبق في هذا الشأن القواعد الخاصة بالمصلحة الوطنية التي مر شرحها، ويخضع صحة الرضا الى القانون الذي يحكم العقد(٣) .

أما بالنسبة لآثار الالتزام هناك فريق يرى اخضاع كافة الآثار الناشئة عن

---

١ ـ يراد بذلك الاوراق التجارية وهي الكمبيالة والسند الاذني الشيك والفرق بينهما ان الكمبيالة يأمر فيها الساحب المسحوب عليه بأن يدفع في تأريخ ومكان معين لشخص آخر مبلغاً من النقود . أما السند الاذني ، فيتضمن تعهد منشئه بأن يؤدي للمستفيد ولاذنه مبلغاً من النقود من تأريخ معين .

راجع تفصيل ذلك الاوراق التجارية في القانون الاردني دكتور عزيز العكيلي منشورات مجدلاوي عمان لسنة ١٩٩٣ .

٢ ـ مادة ٤٨ فقرة ١ قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ «يخضع شكل الحوالة الى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها ، ومع ذلك لا تعتبر الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه هذا القانون» المادة ٢١ مدني اردني . وهو حكم عام يطبق في اكثر الدول .

٣ ـ المادة ٢٠ فقرة (١) مدني اردني .

مختلف العمليات التي تقع على الورقة (التزام الساحب ، والمسحوب عليه ، والمظهر) لقانون واحد ، عند بعضهم قانون محل الوفاء وعند آخرين قانون إنشاء الورقة ، وقيل في تبرير وحدة الإسناد أن هذه الالتزامات تمثل دين واحد لذا يجب أن تخضع لقانون واحد[1] .

ويرى فريق آخر تعدد القوانين المختصة بأسناد آثار كل التزام من الالتزامات المتعددة التي تجتمع على الورقة التجارية الى القانون المختص به والذي يتم تحديده بأعمال القاعدة التي نصت عليها المادة (٢٠) فقرة (١) القانون المدني التي تقول «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فأن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك» .

لأن مبدأ استقلال التوقيعات المعمول به في مسائل العرف يقضي النظر الى كل توقيع بوصفه مصدراً لألتزام قائم بذاته ومستقل عن الالتزامات الاخرى . فألتزام الساحب يخضع للقانون الذي يتم تحديده بأعمال الفقرة الاولى من المادة العشرين وهذا القانون هو قانون الارادة اولاً ثم قانون الموطن المشترك ثم قانون محل انشاء الالتزام وكذلك التزام المظهر الاول ، والمظهر الثاني . فبالنسبة لكل واحد منهم يحدد القانون الذي يحكم التزامه بالشكل الانف الذكر ، اي القانون المختار ان وجد والا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك والا قانون الدولة التي تم فيها العقد [2] . والمقصود هنا بقانون الدولة التي تم فيها الالتزام هو قانون الدولة الذي وضع الملتزم فيها توقيعه على الورقة .

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك الدكتور محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، ١٩٥٤ ، ص١١٥٤ .

٢ ـ وبهذا اخذت محكمة التمييز الاردنية في قرارها رقم ٤٧٠ لسنة ١٩٨٦ في نزاع يتعلق بشيك حرر او نشأ في عمان مسحوباً على بنك خارج الاردن . فقد جاء في قرارها «ولما كانت الدعوى متكونة بين خصوم اردنيين مقيمين في المملكة الاردنية الهاشمية بخصوص تصرف جرى داخل حدودها فلا مبرر للاحتجاج بالقانون الاجنبي ما دام انه لا يوجد عرف دولي بتطبيق قانون اجنبي في هذه الحالة» نقابة المحامين سنة ٣٧ عدد ١٠ ص٢٠١٩ . وقد كانت محكمة استئناف عمان في قرارها ٣٩٥ تاريخ ٢١/٤/١٩٨٦ اكثر وضوحاً بقولها في هذا النزاع « ان القانون الاردني هو الذي يطبق على العقود التجارية في الاردن بمقتضى المادة (٢٠) من القانون المدني» .

المبحث الثالث
الالتزامات
التصرفات والوقائع القانونية
Actes Et Fait Juridigues

تحكم الالتزامات المالية بعدة قواعد تختلف باختلاف مصدر الالتزام من حيث كونه إرادياً كالعقد أو الارادة المنفردة أو قانونياً كالتصرفات الضارة والنافعة (الكسب غير المشروع) لذا يتعين ان نفرد لكل منهما بحثاً خاصاً ، فنتصدى أولا لدراسة القواعد التي قررها المشرع بالنسبة للتصرفات الارادية ثم للقواعد الخاصة بالالتزامات غير الإدارية الناجمة عن الفعل الضار أو النافع .

الالتزامات الارادية (التعاقدية)
Les Contratsles

لقد انتهينا من التصرفات الإرادية المضافة الى ما بعد الموت (كالوصية) والتصرفات التي تتعلق بالزواج وبينا قاعدة الإسناد في كل منهما وننتقل الى دراسة التصرفات التي تتم بين الأحياء ويترتب عليها حقوق مالية وخاصة تلك التي تتم بالعقد أو الإرادة المنفردة كالهبة التي اعتبرتها بعض التشريعات عقداً من العقود تحكمها قواعد الاسناد الخاصة بالعقود (١) في حين اتجهت تشريعات أخرى الى اعتبارها من الأحوال الشخصية (٢) .

---

١ ـ نظم القانون الاردني الهبة في المواد ٥٥٧ الى ٥٨١ من القانون المدني واعتبرها من عقود التمليك ، ونظم القانون المدني العراقي الهبة في المواد ٦٠١ الى ٦٢٦ بوصفها عقداً من العقود وهذا ما هو مقرر في القانون المدني المصري . راجع فؤاد عبد المنعم رياض ـ القانون الدولي الخاص ـ ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية ، ص٣٢ ، دكتور حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي سنة ١٩٧٢ ص٢٠٢ .

٢ ـ وهذا ما اخذ به المشرع الكويتي اذ اعتبرها من الاحوال الشخصية ونظمها في المادة ٤٩ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . راجع للمؤلف دكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي سنة ١٩٧٤ ، ص١٧٤ .

وتتـجاذب العقد الدولي [١] قـوانين كـثيرة، لحكمـه شكلاً وموضوعاً كالقانون الشـخصي للدائن والقـانون الشـخصي للمدين ، وقانون موطن كل منهما ، وقانون البلد الذي تم فـيه التصرف وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة التي يرفع النزاع أمامها . فألى أي منها يعطى التفضيل ويصبح مختصاً في حكم التصرف ؟

لا بد في هذا التـفـرقة بين الجانب الشكلي والجانب الموضوعي للعقد إذ أن الأول تحكمه القاعدة الخاصة بشكل التصرف والتي سنأتي على دراستها في وقت لاحق . أما الجانب الموضوعي منه فهو الذي نريد أن نبين قاعدة الإسناد فيه .

إن قـاعـدة الإسناد هذه كـانت حـصيلة تطور تاريخي طويل جرت فيه تغيرات مهمة .

فـبـمـقتضى قاعدة قديمة أتت بها نظرية الأحوال الإيطالية ، أخضع العقد فيها لقـانون محل إبرامـه ، حـيث أعطي قانون المحل اختصاصاً آمراً شاملاً لم يكن في وسع المتـعاقدين الخروج عنه وتقليد الاختصاص لغيره . ولم تكن هناك من تفرقة بين الشكل والموضـوع لأن اخـتـصـاص قانون محل الإبرام كان يشمل الناحيتين الموضوعية والشكلية للعقد[٢] .

وبررت هذه القاعدة بفكرتين متعاقبتين :

أولاهما : اعـتـمدت على علم أطراف العلاقة بهذا القانون ، لأن من الصعوبة بمكان أن يطبق على العقد قانون آخر من المحتمل أن يجهله أطراف العلاقة .

ثانيهمـا : فسرت هذا الاختصـاص بقبول أطراف العلاقة ضمناً بإخضاع علاقتهم لـقـانـون محـل انعـقـاد العـقـد . إذ يفترض انصراف ارادتهم الى إعطاء الاخـتـصاص لقانون محل العقد ويستنتج هذا من ارتباطهم بالعلاقة في

---

١ - وهو الذي يتضمن عنصراً اجنبـياً وبشانه يثور التنازع . اما العقود الوطنية (وهي التي تكون وطنية بجميع عناصرها محلاً وسبباً واطرافاً فـلا تنازع بشانها وهي تخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليه عناصر العقد) .

٢ - أنظر في هذا . Batiffol 1959 Page 615

ذلك المحل مع سبق علمهم بأنها ستخضع لقانون المحل فكأنهم بارتباطهم فيه قد اختاروا ضمناً قانونه[1] .

وقد تطورت الفكرة الأخيرة في القرن السادس عشر في عهد الفقيه الفرنسي ديملان الذي أخضع العقد لقانون الإرادة أي القانون الذي تنصرف إرادة المتعاقدين الى اختياره صراحة أو ضمناً ، وعليه فمن حق أطراف العلاقة استبعاد اختصاص قانون محل ابرام العقد باتفاق صريح أو ضمني واختيار قانون آخر . وفي سكوتهم يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام العقد . وقصر ديمولان اختصاص قانون الإرادة على الجانب الموضوعي منه ، أما الجانب الشكلي فقد أبقاه خاضعاً لقانون بلد إبرامه وفقاً للقاعدة التي ظهرت في عهد المدرسة الإيطالية[2] . ثم تطورت هذه الفكرة فبدلاً من أن يكون الأصل في الاختصاص لقانون محل ابرام التصرف مع تمكين الأفراد من استبعاده واختيار قانون آخر ، أصبح الأصل في الاختصاص للقانون المختار فالقانون الذي تنعقد الإرادتان على اختياره يصبح واجب التطبيق لحكم علاقتهما القانونية .

وأساس تطبيق قانون إرادة المتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هو احترام إرادتهما أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة .

وأصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة شائعة الاستعمال عمل بها قضاء دول كثيرة ونصت عليها تشريعات متعددة . ومع ذلك فقد لقي مبدأ سلطان الإرادة هذا نقداً شديداً من بعض الفقهاء خلاصته أنه من غير المعقول ترك حل تنازع القوانين للأفراد بتخويلهم سلطة تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية ، لأن العقد مستمدة قوة إلزامه من القانون ، في حين أن الأخذ بقانون الإرادة يجعل تطبيق القانون وسلطته مستمدة من العقد . فالعقد يصبح في مركز أقوى من القانون . ولهذا ولتحاشي نتيجة كهذه يرى النقاد وجوب تقييد نطاق

---

١ ـ Tyan 1966 ; page 238

٢ ـ دكتور منصور مصطفى منصور ـ تنازع القوانين ـ دار المعارف بمصر ، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ، ص٣٨ و ٣٠٥ . دكتور فؤاد عبد المنعم رياض الدكتورة سامية راشد ـ الوسيط في القانون الدولي الخاص ـ القاهرة : ١٩٧٤ ، ص٣٦٩ .

سلطان الإرادة في نطاق القـواعـد المكملة دون الآمـرة منهـا . وقـالوا بأن القـواعـد الآمـرة لا يجوز للأفـراد الاتفـاق على اسـتبعادها بقانون آخر وأن حرية الأفراد في اخـتـيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية تقتصر على القواعد المكملة (المفسرة) إذ يجوز لهم الخروج عنها وإخضاعها للقانون المختار[1] .

وبناء على ذلك فإن إرادة الأفـراد عـاجزة عن كل تغيير في الاختصاص القانوني في كل مـا يتـعلق بالقـواعـد الآمـرة كـتلك التي تنظم شروط انعقاد العقد ، القبول والإيجاب والسـبب والمحل وشروط الصـحـة والأهلية وعيوب الرضا . ولا تستطيع الإرادة كـذلك تغـيـيير القانون المختص بالنسبة لأسباب إنتهاء العقد التي مصدرها القـانون ، وحـرية الأفراد تظهر فيما يتعلق بالقواعد القانونية المتعلقة بجوهر العقد كـالسـعـر والتـاريخ وشروط العـقد والأجل والتضامن وفي آثار العقد وفي أسباب إنتهائه إذا كان إنتهائه يرجع الى إرادة الأفراد .

وقـد رد أنصار قانون الإرادة بالقول أن حرية أطراف العلاقة في اختيار القانون الواجب التطبـيق على العـقد لا تقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة وإنما أساسـها قـاعـدة الإسناد فهي التي تخول الأفراد حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، وهذا مـعناه أن مـصـدر إعطاء الاخـتـصـاص للقانون المختار هو القانون (قاعدة الإسناد) أمـا الإرادة فـينحصر دورها في تركـيز العقد أي اختيار مقره ومتى تعين مـقـر العـقد وجب الخضوع لأحكام قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان [2] أعمالاً لقـاعـدة لإسناد . وهكذا تمكن أنصـار الإرادة من تفـادي النقـد الموجـه الى قاعدة خـضـوع العـقـد للقـانون المخـتـار (الإرادة) وذهبوا الى عدم تجزئة العقد ونادوا بإخـضـاعـه بصـورة كـاملة الى القـانون المختار لا فرق في ذلك بين القواعد الآمرة والمفسرة فـيه وقد نالت حجج المؤيدين لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة القبول لذا نصت على هذه القاعدة أكثر قوانين الدول .

---

١ ـ الجزء الخامس فقرة ١٣٨٤ ص١٠ . القانون الدولي الخاص ، Niboyet .

٢ ـ راجع في هذا Batiffol ١٩٥٩ ص٦٢١ .

Lobjet Proppe De La volonte Des Parties Est I.A Localisation de contrat Non Le Choix De La Loi

نطاق تطبيق قانون العقد :

سبق أن أشرنا الى دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية ، ويخرج من مجال قانون الإرادة (قانون العقد) العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والتبني ، حيث يكون الاختصاص فيها للقانون الشخصي لا القانون المختار . ولا يدخل في نطاق هذه القاعدة العقود التي تبرم بشأن العقار سواء أكانت متعلقة بحقوق عينية أو بحقوق شخصية ، إذ يحكمها قانون موقع العقار .

ويخرج كذلك من نطاق قانون الإرادة العقود المكسبة للحق العيني في المنقول فيما يتعلق بأثر العقد في إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله إذ يحكمها قانون موقع المال وقت تحقق السبب المكسب أو المفقد للحق العيني . فالعقود العينية التي لا بد لانعقادها ، في بعض القوانين كالقانون الاردني ، من القبض والتسليم (1) إذا اختير قانون آخر ليحكم العقد العيني المترتب على مال في الاردن فلا يترتب على ذلك العقد أي أثر ما دام الاجراء الذي يتطلبه القانون الاردني لم يستوف بعد . ويخرج أيضاً من دائرة قانون الإرادة العقود التي نظمها المشرع تنظمياً خاصاً لأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كعقود العمل .

وبهذا التمييز تحدد أنواع العقود التي يحكمها قانون الإرادة . أما ما يتعلق بالعقد ذاته فيجب ان نستبعد من مجال تطبيق قانون الإرادة كلاً من الأهلية اللازمة للتعاقد وشكل التصرف. إذ أن أهلية كل متعاقد تخضع لقانون جنسيته م١٢ف١) وشكل العقد يخضع لقانون محل إبرامه كما هو منصوص عليه في المادة (٢١ مدني) وفيما عدا الأهلية والشكل فالرأي السائد هو أن قانون الإرادة يحكم

---

١ ـ العقود التي لا تتم الا بالقبض وفقاً للقانون الاردني هي القرض مادة ٦٣٧ مدني ، الهبة مادة ٥٥٨ مدني الإعاره مادة ٧٦١ مدني الوديعة مادة ٨٧٠ مدني والعقود العينية التي لا تتم الا بالقبض في القانون العراقي هي هبة المنقول والوديعة والعارية ورهن الحيازة . راجع في هذا دكتور حسن ذنون ـ اصول الالتزام ـ مطبعة المعارف ، بغداد : ١٩٧٠ ، ص٢٦ . دكتور عبد المجيد الحكيم ـ نظرية العقد شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٧ ، ص٩٠ .

العـقـد من جميع نواحـيه من حيث تكوينه وأركانه وشروط صحته وانتهائه وآثاره
ومع ذلك هناك من يدعو الى تجزئة العقد مفرقاً بين انعـقـاده وآثاره والأخذ بهذا الرأي أو ذاك يتوقف على ما ينتهجه مشرع كل دولة .

حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم :

يشترط لممارسـة الأفراد حريتهم في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم أن يكون العـقـد من العـقـود الدولية أي من العقود المشتملة على عنصر أجنبي . أما العقود الداخليـة فـيـحكمها القانون الوطني وليس في مقدور الأفراد نقل الاختصاص فيها لقانون آخر .

وفي نطاق العـقـود الدوليـة ذاتها تكون حـرية الأفـراد في اختيار القانون الذي يحكم عـلاقاتهم التعاقدية مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار ، ويتصل العـقد بالقانون المختار إما بجنسية أحد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل إبرام العقد أو محل التنفـيـذ . وقـد تأتي الصلة بين العقد والقانون المختار من حاجة التجارة والمعـامـلات الدوليـة . فـقـد شاع في التجارة الدولية إخضاع عقدٍ ما لقانون معين بحيث يصبح عقداً نمونجياً لتجارة معينة كالحبوب والقطن والصوف .

فـفي مـثل هذه الحـالة إذا مـا أبرم المتـعـاقـدان عقدهما وفقاً للعقد النموذجي واختارا القانون الذي يخضع له هذا النموذج يصبح القانون المختار ذا صلة بالعقد ولـو لم تتـوفـر بـين الـعـقـد وبين هـذا القـانون صـلة مـن حـيـث الجنسـيـة والمـوطن ...الـخ [1] .

موقف القانون الأردني من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة :

لقـد أخـذت التشريعـات العـربية بقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة كالتشريع المصري (م١٩/ ١مـدني) لسنة ١٩٤٩ والـتشريع السـوري (م/ ٢٠) مـدنى سنة ١٩٤٩ والليـبي (م١٩ مـدني) لسنة ١٩٦٣ والـكويتي (م٥٩/ ١) قـانون تنظيم

---

١ ـ دكـتـور منصـور مـصطفى منصـور ـ مذكرات القانون الدولي الخاص ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ، ص٣٠٩ .

العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لسنة ١٩٦١ والعراقي (فقرة ١م٢٥) القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وبهذا الاتجاه يعمل في لبنان .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة العشرين من القانون الأردني على ذلك بقولها «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعَاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك» .

يتضح من هذا النص ان ضابط الاسناد متعدد تعدداً متدرجاً فهناك ضابط اسناد اول يحل مكانه عند عدم توافره ضابط آخر . ومع ان صياغة النص قد قدمت قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وتلاه قانون محل ابرام العقد ثم القانون المختار . فعملية التدرج لهذه الضوابط المتعددة لا تعني ان يتم التقديم والتأخير حسب التعداد المار ذكره . بل ان التدرج حسبما يوليه معنى النص هو اعطاء الاختصاص بالالتزامات التعاقدية اولاً الى القانون المختار فأذا لم يتفق اطراف العلاقة على اختيار قانون ما ليحكم علاقتهم التعاقدية يصار عندئذ الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وهذا يعني ان ضابط الاسناد الاول هو الارادة (القانون المختار) وفي حالة عدم الاتفاق على اختيار قانون ما يليه الضابط الثاني وهو الموطن المشترك فأن لم يتفق الاطراف على قانون يحكم علاقتهم ولم يكن للمتعاقدين موطن مشترك يصار عندئذ الى العمل بالضابط الثالث وهو محل ابرام العقد اي يعطى الاختصاص الى القانون البلد الذي ابرم فيه العقد .

وسواء كان ام لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك ففي مقدورهما اختيار قانون بحكم علاقتهم التعاقدية[1] .

---

١ ـ كانت المخالفة في قرار محكمة التمييز رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٨ على صواب بأعترافها لاطراف العلاقة القانونية بأختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية مخالفة في ذلك رأي الاكثرية التي ذهبت الى انه لا يجوز للأطراف اختيار قانون الا في حالة اختلاف موطن المتعاقدين ـ نقابة المحامين العددين الخامس والسادس سنة ١٩٩٠ ص١٠٨٠ .

واخـتـيـار القانون الذي يحكم العقد اما ان يكون صريحاً او ضمنياً والصريح يعبر عنه بالنص عليـه في العـقـد او في اتفـاق لاحق . فأذا نص على اخـضاع العقد لقـانون مـعين وجب تطبـيق هذا القـانون . فأذا لم يوجد تعبير صريح فيصار الى الارادة الضمنية وهذا ما قضت به قوانين بعض الدول بقولها مثلاً «او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»[1] .

ويلجأ القاضي عند استخلاص الأرادة لربط العقد بقانون معين الى عدة دلائل او ظروف كأخـتيارهما محكمة دولة من الدول للنظر في النزاع المحتمل ان يثار بشأن عـقـدهما او كتابة العقد بلغة دولة من الدول . ومن الدلائل التي يمكن ان يستعان بها لاسـتخلاص الإرادة الضمنية لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية هي مكان تنفيذ الالتزام ، موقع المال ، موضوع العمل ، العملة او محل الدفع .. الخ .

واعمال الفـقـرة الاولى من المادة العشرين من القـانون المدني يقضي ـ كما سبق قـوله ـ بأنه في حـالة وجـود ارادة صريحة لاخـتيار قانون يحكم علاقة المتعاقدين يتـعين العمل به وبهذا قضت محكمة التميز بقولها «ان اتفاق المتعاقدين على تطبيق نصـوص اتفـاقـيـة بروكـسل يعد نافذاً بحقهما وملزماً لهما على اعتبار انه يشكل جزءاً من شروط العقد»[2] .

واخـتـيار الاطراف لقانون يحكم علاقتهما اذا لم يكن صريحاً يعتمد القاضي على مـؤشرات من داخل العـقـد للكشف عن ارادتهما الضـمنيـة في اعطاء الاخـتصاص لقـانون يحكم عـلاقـتـهما فأذا خلا العقد من ارادة صريحة او ضمنية على اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما فقد تولى المشرع مباشرة تحديد ذلك القانون في الفقرة الاولى من المادة العشرين من القانون المدني بأن اولى الاختصاص الى قانون الموطن

---

١ ـ المادة (٢٥) قـانون مدني عراقي المادة (١٩) مـدني مصري المادة (٢٠) مدني سوري المادة (٥٩) قانون تنظيم العلاقات الاجنبية الكويتي .

٢ ـ قـرار تميـيز حقوق ١٩٨٢/٦٩٧ «حـيث ان الفـريقين قـد اتفـقا في عقد الشحن على تطبيق نصـوص اتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٤ الـتـي حـددت المـبلغ الواجب ضمانه عن كل طرد او وحـدة من البـضـائع فأن هذا الاتفـاق يعد نافذاً بحق المتعاقدين وملزماً لهما على اعتبار انه يشكل جزءاً من شروط العقد» مجلة نقابة المحامين سنة ٣١ ص٢٣٧ .

المشترك للمـتعاقدين اي الى قانون البلد الذي وجد فيه موطن طرفي العقد ، وموطن الشـخص الاعـتبـاري هو المكان الذي فـيـه المركز الرئيسي للشركة . وقد رفضت محكمـة التمييز اعتبار القانون الاردني مختصاً لأن احد المتعاقدين لم يكن متوطناً في المملكة (١) وفي حالة اختلاف موطن المتعاقدين فيكون القانون المختص هو قانون محل ابرام العـقد (٢) وبهذا قـضت محكمـة التـميز وفي ذات القرار الذي رفضت اخـضاع النزاع للقانون الاردني لاختلاف موطن الطرفين اذ جاء في قرارها الآتي :

«حـيث ان العقد الذي يستند اليه المدعي قد تم بينه وبين المركز الرئيسي للشركة المدعى عليـهـا في واشنطن وان الموطن الذي يقـيم فـيـه المدعي هو عمان ومـوطن الشركـة الاجنبـية هو الولايات المتحدة الامريكية فأن القانون الواجب التطبيق عملاً بالفقرة الاولى من المادة (٢٠) من القانون المدني هو قانون محل انعقاد العقد وهو واشنطن . وبمـجـرد تسـجيل فرع الشركة الاجنبية في المملكة الاردنية الهاشمية لا يترتب عليـه ان هذه المملكة مـوطناً للمـركـز الرئيسي للشركـة لأن العـقد موضوع الدعوى مبرم بين المدعي والمركز الرئيسي وليس بينه وبين فرع الشركة في عمان» .

وفي تطبـيق آخـر لمحكمـة اسـتئناف عمان اولت الاخـتـصـاص فيه الى القانون الاردني بأعـتباره قانون محل انعقاد العقد . وموضوع النزاع مطالبة بقيمة شيكين حـصل عليـهما المدعي بالتظهير ردهما بنك نيويورك المسحوب عليه دون صرف . ولما كـان المظهـر والمظهـر له في الاردن فـقـد قـضت المحكمة المذكورة بما يلي «ان القانون الاردني هو الذي يطبق على العقود الجارية في الاردن مادة ٢٠ مدني»[٣] .

وقـد يثير تحـديد محل إبرام العـقد صعوبة في حالة ما اذا كان العقد قد تم بين

١و٢ ـ تميز حقوق رقم ١٩٨٣/٥٣٩ مجلة نقابة المحامين السنة ٣١ عـدد العاشر والحادي عشر والثاني عشر صفحة ١٥٠٥ .

٣ ـ محكمـة استئناف عمان رقم ٣٥٩ تاريخ ١٩٨٦/٤/٢١ . وأبدت محكمـة التـميز في قرارها رقم ٤٧٠ لسنة ٩٨٦ اتجـاه محكمـة الاسـتئناف هذا ولكنها اسندت ذلك لعدم وجود عرف دولي بتطبيق قانون اجنبي في هذه الحالة . نقابة المحامين السنة ٣٧ عدد ١٠ ص٢٠١٩ .
وفي اعـتـقادنا لا داعي للبحث عن العرف بوجود النص . ونص المادة ٢٠ مدني صريح بهذا الشأن .

غـائبين بسـبب اختلاف الاتجاهات التشريعية بالنسبة لتحديد مكان وزمان انعقاد العـقـد ، فلو ارسل تاجـر فـرنسي الى ياباني برقيه أو تلكساً يعرض عليه بضاعه وأجـابه اليـاباني بالموافـقة على الشراء عن طريق التلكس فكيف يتم في هذه الحالة معرفة قانون العقد ؟ ان ذلك يتطلب تعيين البلد الذي انعقد فيه العقد . ما هو البلد الذي انعقد فيه ؟ .

تختلف الإجـابة في ذلك باخـتلاف القوانين . فمنها ما يعتد بمحل تسليم القبول ومنهـا مـا يعـينه بمـحل اصدار القبول ، وقوانين أخرى تربطه بمحل علم الموجب بالقبول (١) . فـالقـانون العراقي قد اخذ في المادة ٨٧ مـدني بنظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاده وزمانه ، واعتبر استلام القبول دليلاً على العلم به .

أمـا القـانون الأردني فقد أخذ بنظرية صدور القبول في المادة ١٠١ من القانون المدني «إذا كـان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان الذي صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» .

مجال تطبيق (قانون العقد) قانون الإرادة أو ما يحل محلها : ـ

بعـد أن عـرفنا أن قانون العقد هو القانون المختار ان تم تعينه وإلا فهو قانون الموطن المشترك للمـتـعـاقـدين وعند اخـتلاف موطنهما فيعتد بقانون محل انعقاد العـقـد، يلزمنا بحث مجال تطبـيق هذا القانون ، فيما يثيره العقد من مسائل ومن حيث العقود التي يحكمها هذا القانون .

١ ـ المسائل التي تدخل في مجال قانون العقد :

من المتفق عليه أنه يخرج من مجال قانون العقد كل من الأهلية والشكل إذ قرر القـانون الأردني لكل منهما قـاعدة إسناد خاصة فيه فالأهلية حسبما تقرره الفقرة

١ ـ للتفضيل راجع دكتور عبد المجيد الحكيم ـ نظرية العقد ـ ص١٦١ ، بغداد : ١٩٦٧ ، دكتور حسن ذنون ـ اصول الالتزام ـ مطبعة المعارف ، ١٩٧٠ ، ص٦٨ ، دكتور غني حسون طه ـ الوجيز في النظرية العامة للالتزام ـ بغداد ١٩٧١ ، ص١٢٢ .

الأولَى من المادة (١٢) من القانون المدنى يحكمها قانون الجنسية أما الشكل فقد أسندت المادة (٢١) من هذا القانون الاختصاص فيه الى قانون الدولة التي تم فيها العقد . وبعد استبعاد الأهلية والشكل ننتقل الى تكوين العقد وآثاره لمعرفة ما إذا كان القانون الأردني قد اعتمد مبدأ وحدة القانون الذي يحكم تكوين العقد وآثاره أم أنه يميل الى تجزئته .

نلاحظ من قراءة الفقرة الأولى من المادة (٢٠) أن النص قد استهل بالعبارة التالية (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون ...) وتعبير كهذا يدل على أن أثار العقد يسري عليها القانون الذي تعينه هذه المادة . لأن التزام المتعاقدين ما هو إلا أثر للعقد . وينبني على ذلك وجوب الرجوع الى قانون الإرادة في أثار العقد من حيث الاشخاص لنتبين بمقتضاه الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير ، ونرجع اليه لتحديد مضمون الالتزام وكذلك فإن هذا القانون يختص بموضوع انتهاء (١) الالتزام وانتقاله .

أما فيما يتعلق بتكوين العقد فمن الممكن أن تختلف الآراء بشأنه كالخلاف الذي ثار بصدد شرح المادة ١/١٩ مدني مصري والتي تقابل المادة ٢٠ الفقرة الأولى مدني أردني وتماثلها . إذ ذهب بعضهم الى أن المشرع واجه الالتزامات دون أن يتعرض لتكوين العقد مما يلزم اتباع مبادىء القانون الدولي الخاص في شأنه (٢) . وذهب آخرون الى أن فكرة الالتزامات التعاقدية الواردة في النص لا تقتصر على أثار العقد فحسب بل تضم اليها كل ما يتعلق بتكوين العقد وأوصافه و آثاره وانتقاله وانقضائه ، وهم يقولون أن المشرع باستعماله هذا الاصطلاح (الالتزامات التعاقدية) أراد أن يعطي فرصة للاجتهاد في المسائل التفصيلية أن يطبق فيها قانون آخر وفقاً لما يجري عليه العمل دولياً(٣) .

ونحن نميل الى تبني الرأي الاخير في اعمال الفقرة الاولى للمادة العشرين ونرى

---

١ ـ ينتهي العقد بسبب طبيعي هو تنفيذ العقد وقد ينتهي بسبب قانوني كالفسخ والابراء .
٢ ـ دكتور محمد كمال فهمي ـ اصول القانون الدولي الخاص ـ ١٩٥٥ ، ص٤٦٠ .
٣ ـ دكتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ، ١٩٧٢ ، ص٤٦٥ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، ص٣١٥ .

ان اصطلاح الالتـزامـات الوارد فـيـهـا يشمل آثار العقد وتكوينه . وكما نعلم بأنه يجب لتكوين العقد الرضا والسبب والمحل (١) . وفي ضوء هذا نعرض بأيجاز لهذه الاركان لنبين مجال تطبيق قانون العقد .

١ ـ **وجود التراضي** : وهو توافق الارادات المتـعـاقدة (الايجاب والقبول) ويعبر عن الارادات باللفظ او الكتـابة او الاشـارة او التعاطي وان يكون الرضا صحيحاً لا ينتـابه عيب كالغلط والتدليس والاكراه والغبن . فكل هذه المسائل يرى اكثر الشراح اخضاعها لقانون العقد (القانون المختار) .

امـا مسألة وجود، الارادة وعيوبها (عدم التميز الجنون والعته .. الخ) فأنهما من الاهليـة والاهليـة هي حـالة عـامـة للشـخص والاخـتـصاص بها لقانون الجنسية لا لقانون العقد .

٢ ـ **المحل** : يشترط لتكوين العـقـد ان يكون محله مـعيناً ممكناً مشروعاً ، والمحل كـركن في العقد يخضع بالضرورة لقانون العقد ومع ذلك اذا كان محل العقد مالاً فيرى البعض اخضاعه الى قانون موقع المال ، واذا كان عملاً يرجع في ذلك الى قانون محل التنفيذ .

٣ ـ **السبب** : من حـيث وجـوده ومشروعيته يرجع في ذلك الى قانون العقد ومع ذلك فـالقـضـاء يأخـذ بعين الاعـتـبـار ما تمليه قواعد النظام العام في قانون القاضي.

٢ ـ العقود التي يحكمها (قانون العقد)

ان العـقـود التي تدخل الاحوال الشخصية ، كالزواج والتبني لا تدخل في مجال تطبيق قـانون العـقد وكذلك العقود التي تبرم في شأن العقار ، إذ استثنتها الفقرة الثانية من المادة ٢٠ مـدني من قانون الإرادة وأخضعتها لقانون موقع العقار حين

١ ـ راجع الدكتور عبد المجيد الحكيم ـ الكافي في شرح القانون المدني والاردني .
٢ ـ دكتور حسن ذنون ـ اصول الالتزام ـ ص٣٥ في الاعلان عن الارادة .

• قـالت : «قـانون مـوقع العـقـار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه» . وينبني على هذا النص أن العـقود التي ترتب حقوقاً عينية أو شخصية (كالايجار) على العـقـار تخضع لقـانون موقع العقار لا قانون العقد . ويخرج ايضاً من دائرة اختصاص قانون العقد ، العقود التي ينظمها المشرع تنظيمًا خاصاً لأسباب ساسية او اجتماعية او اقتصادية ، كقانون العمل ، إذ أن قواعده من النظام العام ولا يحق للأفـراد الاتفاق على ما يخالفها (٢) وتبـعـاً لذلك فإن عقد العمل يتناف بطبيعته مع قـاعدة الاسناد التي تخضع العقود لقانون الإرادة لأن المشرع تدخل في أكثر الدول في تنظيم هذ العـقـود تنظيمًا دقـيقاً ، وإن قواعد قوانين العمل وما يترتب عنها من تأمـينات اجتماعية اعتبرت من القانون العام في دول كثيرة وقواعد القانون العام ـ كما هو واضح ـ قـواعـد محليـة تطبق في الدول التي تنتـمي اليها تلك القواعد ولا مجال لاحـلال قواعد أجنبية محلها وليس أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع المتعلق بتنفيذ عقد العمل الداخلي إلا إعمال قواعدها الوطنية ولا فرق في هذا إن كان العامل وطنيـاً او اجنبـياً . ولكن الأمر ليس كذلك إذا كان تنفيذ العمل يتم في الخارج إذ لا وجـه للرجـوع الى قـانون التأمـينات للقـاضي . اذ يفترض تطبيق قانون بلد تنفيذ العـمل مع ما يواجه ذلك من صعوبات ، فمن حيث الأسـاس إذا كانت قواعد قانون العـمل هي من القـانون العـام فـالقاضي الوطني لا يطبق إلا أحكام القانون العام الوطني ولا يقـبل أن تنازعـهـا أحكام قـانون آخر . وحتى لو افترضنا جدلاً قبول مـبـدأ التنازع بين القوانين العامة وقبول القاضي الأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية الأجنبـيـة ، فإن حكمـه بهذا الشأن لا ينال التنفـيـذ من المؤسـسـة العامة الأجنبية المشرفة على تطبيق التأمينات الاجتماعية .

وفي مـا عدا هذه الحدود فإن العقود كافة تدخل في نطاق قاعدة العقود ولا فرق

---

١ ـ راجع تفـصـيل ذلك الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد ، القانون الدولي الخـاص ، من الجزء الثاني ص٣٧٧ و الدكـتـور هشام منير صادق ـ تنازع القوانين ـ سنة ١٩٧٤ ، ص٦٦٨ .

٢ ـ دكـتـور شـاب تومـا منصـور ـ قـانون العمل ـ دار الطبع والنشر الاهلية ، بغداد : ١٩٧٢ ص٤١ . المادة ٨ ، قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ .

في ذلك إن كان أطراف العلاقة أفراداً أو دولاً . فالعقود التي تبرمها الدولة مع دولة أخرى او مع شخص من أشخاص القانون الخاص والتي تتعلق بمسائل تصلح لأن تكون موضوعاً للعقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص فإنها تخضع للقانون الذي تحدده قواعد الاسناد . ويتحدد القانون الذي يحكمها في ضوء ما تقرره الفقرة الاولى من المادة العشرين موضوع البحث .

الالتزامات غير التعاقدية

Obligations Extracontractuelles

يدخل في هذه الدراسة الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) والفعل المادي النافع كالإثراء بلا سبب . اما الالتزامات القانونية كالنفقة والضريبة فيرجع في شأنها الى القانون الذي يفرضها ، فالنفقة مثلاً يرجع فيها إلى قانون المدين بها . ولهذا فإن موضوع بحثنا هذا يتحدد بالفعل الضار والفعل النافع ونتبين فيما يلي القانون المختص بكل منهما ومجال تطبيقه .

ـ ١ ـ

الفعل الضار

يرتب القانون عل الافعال الضارة مسؤولية مدنية تعطي المتضرر حق المطالبة بالتعويض . وقد تلتبس المسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار بالمسؤولية التعاقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام عن العقد (١) ، هذا الالتباس يؤدي في كثير من الاحيان الى الاختلاف في تكييف المسؤولية وما إذا كانت عقدية أو تقصيرية . وما يترتب عن ذلك من فروق جوهرية(٢) .

١ ـ راجع اوجه الشبه والخلاف بين المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية ، الدكتور عبد المجيد الحكيم ـ مصارد الالتزام ـ شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد : ١٩٦٠ ، ص٤٠١ .

٢ ـ من حيث التعويض والتضامن والاعفاء ، ففي المسؤولية العقدية يمكن ان يمتد التعويض الى الخطأ غير المتوقع ويقتصر التعويض في المسؤولية التقصيرية على الخطأ المتوقع ، ويلتزم المدينون في المسؤولية التقصيرية بالتضامن بقوة القانون وفي المسؤولية العقدية في مقدور اطراف العلاقة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية .

والاختلاف في التكييف هذا قد يظهر واضحا في مسؤوليتي رب العمل والناقل. فارتباط رب العمل مع العامل في دولة معينة ووقوع الضرر أثناء العمل في دولة أخرى يثير التساؤل عن أساس المسؤولية ، أساسها المسؤولية التعاقدية أم التقصيرية ؟ . ومسؤولية الناقل الجوي بسلامة الركاب والبضاعة أهي تعاقدية أم تقصيرية؟ ... هناك عدة اتجاهات .

الاتجاه الاول : وصف مسؤولية رب العمل ومسؤلية الناقل بالنسبة لاصطدام القطارات والسيارات بأنها تقصيرية وتخضع بهذا الى قانون محل وقوع الضرر[١] وقد تبنت هذا الرأي قرارات بعض المحاكم الفرنسية .

والاتجاه الآخر اعتبر مسؤولية رب العمل والناقل مسؤولية تعاقدية تخضع للقانون الذي يحكم العقد . ففي قضية Antipol [٢] والتي تتلخص في ارتباط عامل مع إحدى الشركات الفرنسية بموجب عقد للعمل في السنغال ، وأثناء تأدية العمل وقع له حادث أصابه بضرر . اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أساس المسؤولية هو عقد العمل لأن المسؤولية مرتبطة تمام الارتباط به وهي نتيجة متوقعة له .

والاتجاه السائد في الوقت الحاضر يرى أن أساس المسؤولية هنا القانون إذ أوجب على رب العمل والناقل تحمل تبعة المخاطر وهذه المسؤولية شبيهة بالمسؤولية التقصيرية ويكون الاختصاص فيها لقانون مكان وقوع الفعل الذي نجم عنه الضرر[٣] .

ويقع على عاتق القاضي مهمة التكييف لتحديد منشأ الالتزام وما إذا كان أساسه العقد أم انه نشأ عن فعل قائم بذاته تم لا بمناسبة انعقاد العقد أو تنفيذه لأن تحديد أساس المسؤولية له أهمية في اختيار قاعدة الاسناد التي يتعين بمقتضاها القانون الواجب التطبيق . فالقاضي المرفوع أمامه النزاع إذا ارتأى أن المسؤولية

---

١ ـ Sirey 1905 ,1. 209.

٢ ـ Sirey 1923 -1- 33 Arret Antipol.

٣ ـ راجع دكتور ابو زيد رضوان ـ القانون الجوي ـ دار الفكر العربي ، القاهرة : ١٩٧٦ ، ص٢٥٨ وما بعدها (في مسؤولية الناقل الجوي) .

تعـاقـدية يطبق الفـقرة الاولى من المادة العشرين ، ويحكم العلاقة بمقتضى قانون الإرادة . وإذا مـا تبين للقاضي أن المسؤولية تقصيرية لا تعاقدية عليه أن يخضعها للقانون الذي تعينه قاعدة الاسناد الخاصة بذلك .

يدور التنازع في هذا الشأن ـ بين قـانون محل ارتكاب الفـعل الضـار وقـانون المحكمـة المرفـوع أمامها النزاع . وأكثر التشريعات أسندت الاختصاص فيها لقانون الجـهة التي ارتكب فيها الفعل المنشيء للإلتزام وهذا ما قررته قواعد الاسناد لأكثر التشريعات العربية[1] .

فـقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار يحكم المسائل المتعلقة بالاهلية اللازمة لـلمَسـائلة عن الفـعل الضـار والخطأ واشتراك الطرفين في الاهمال الذي نتج عنه الضرر او الدفع بمشروعـيـة العـمل لسـبب من الاسباب ونتائج المسؤولية ومدى التعويض . وهذا القانون يحكم المسؤولية عن الغير والاشياء والحيوانات .

ويبرر اخـتـصـاص القـانون المحلي على اعـتبار أن الافعال الضارة تكون خرقاً لقـواعـد سلوك الافراد في المجتمع الذي وقع فيه الفعل الضار . فلكل مجتمع ـ كما هو مـعلوم ـ قـواعـد سلوك خاصة به قد تختلف عن قواعد السلوك لمجتمع آخر . والقـواعـد التي تحكم سلوك الافـراد تدخل في نطاق قـواعد الأمن المدني الذي وقع فـيه الفعل الضار ، ولهذا فإن تقدير مسألة مخالفة قواعد السلوك للمجتمع تقاس في ضوء أحكام قانون المجتمع الذي تمت فيه الواقعة ، وبمقتضى هذا القانون يقدر مقدار مخالفة هذه القواعد ومقدار الضرر الواجب اصلاحه[2] .

إن أخـضـاع الاخـتصاص في الفعل الضار الى قانون محل وقوعه قد لا ينسـجم مع النظام القـانوني للظرف الاجـتماعي الذي حـصل فـيـه ، فـوجـود مجمـوعة متجانسة بسفرة او مخيم لقضاء العطله في بلد آخر ، وكذلك وجود وسائط نقل في

---

١ ـ الفـقرة الاولى من المادة العشرين من القانون الاردني ، المادة ٢١ قانون مدني مصري ، م٢٢ قانون مدني سوري سنة ١٩٤٩ ، م٦٦ القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

٢ ـ Tyan 1966, P.296.

دولة غير الدولة التي ينتسب اليها وتعرض احد افراد المجموعة او احدى وسائط النقل للضرر في الدولة التي وجدوا فيها ماكان الا مجرد صدفة ، فأعطاء الاختصاص لقانون ذلك البلد الذي حصلت فيه الواقعة المنشأ للألتزام قد لا يسعف المتضرر ، وقد يكون من الافضل في مثل هذه الحالات ان يولى الاختصاص الى القانون الذي تنسب اليه المجموعة .

وقد ظهر اتجاه جديد في الولايات المتحدة الامريكية ناصرة بعض الفقهاء الفرنسيين ينادي بأخضاع الاختصاص للفعل الضار الى قاعدة اكثر مرونة تدعو الى تطبيق «القانون الملائم للعمل غير المشروع» ، ويتم ذلك بأسناد الاختصاص الى قانون محل وقوع الفعل الضار مع الاخذ بعين الاعتبار عوامل اسناد اخرى كالجنسية والموطن ومحل الاقامة الاعتيادية[١] .

أخضع المشرع الاردني في الفقره ١ م٢٢ مدنى هذه الالتزامات الى قانون الدوله التي تقع فيها الواقعة المنشئة للالتزام بقولها :

«الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام» .

ويحكم قانون الدولة هذه الوقائع التي تقع في أرضها ومياهها الاقليمية وكذلك تلك التي تحدث في بواخرها الحربية اينما كانت والبواخر التجارية إذا كانت في عرض البحر ..الخ [٢] .وقد تواجه عملية تحديد الاقليم الذي وقعت فيه الواقعة المنشئة للالتزام صعوبات مؤداها إما انتفاء السلطة في مكان وقوع الفعل او تفرق عناصر الواقعة بين عدة دول .

---

١ ـ منقول من القرارات المهمة للقضاء الفرنسي في القانون الدولي الخاص ص١٣٢ .
Morris "The proper law of a tort"
Havard Law Review 1951, 880, en France V. P. B ourel, Les conflits de loi en Matiere L'obligations extra - Contractuelle1961. P 53

٢ ـ Gaz. Pal. 1937 , 2, 419

انتفاء السلطة :

حَـدوث الواقعة المنشأة للألتزام على ظهر سفينة (غير حربية) في المياه الاقليمية لدولة مـعينة لا يثير اشكالاً لأن اعمال قاعدة اخضـاع الفعل المنشيء للألتزام لقانون البلد الذي وقع فـيـه تفـرض القـول بأعطاء الاخـتـصـاص لقانون الدولة صاحبة الاقليم الذي وجدت الواسطة فيه .

امـا لوحـدثت الواقـعـة المنشأة للألتـزام في اقليم لا يخضـع الى سيادة دولة من الدول ، كـوقـوعـه على مـتن طائرة او سفينة او بين طائرتين في أعالي البحار او في خـارج الاجواء التابعة لدولة فأن تعيين القانون المختص يستلزم التفريق بين ما اذا كان الحادث قد وقع على ظهر الواسطة او بسبب التصادم بين الواسطتين .

فأذا وقع على مـتن الطائرة او ظهـر السـفينة فيتولى الاختصاص قانون الدولة التي تحمل الواسطة علمها .

امـا اذا كان الحادث قد وقع بسبب التصادم بين سفينتين او طائرتين ففي هذا الشأن عـدة اتجـاهات ، اذ يخضع بعـضــهم المسؤولية للقانون الشخصي للواسطة التي سـبـبت الضرر ، لكن في هذه الحـالة قـد تنهض صعوبات تحول دون معرفة القـانون المخـتص امـا بسـبـبب الاشتراك في الخطأ او لتعذر نسب التصادم لسبب مـعين او للقوة القاهرة . ولهذا ولتفادي ظهور مثل هذه الصعاب يذهب آخرون الى تطبـيق قـانون القـاضي المرفـوع امامه النزاع وقد يكون هذا الرأي اكثر قبولاً لأنه يسـتند الى مـبـدأ قـانوني مفاده في حالة عدم وجود قاعدة اسناد ، تحدد القانون الواجب التطبـيق أن ليس هناك من وسـيلة إلا تطبـيق قـانون القـاضي باعـتـبـاره صاحب الاختصاص الاحتياطي [1] ويتـوقف تطبيق قانون القاضي على عدم وجود حل آخـر اكثر ملائمة لطبيعة النزاع كتطبيق قانون العلم المشترك اذا كانت وسائط النقل تنتمي لدولة واحدة .

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك ـ هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ الاسكندرية : ١٩٧٤ ص٧٥٢ .

توزع عناصر الواقعة على أقاليم عدة دول :

تواجه عملية تعيين مكان وقوع الفعل المنشيء للالتزام صعوبة بسبب وقوع عناصر الواقعة المنشئة للالتزام في أكثر من دولة ، ومرد هذا التعدد أما عن كون الواقعة تتألف من حوادث متعددة تم ارتكابها في أكثر من دولة أو وقوع الخطأ في دولة وتحقق الضرر في دولة أخرى .

تعدد الحوادث :

ويتكون الفعل من سلسلة حوادث وقعت في بلاد متفرقة ككتاب سب أو شتم أرسل من دولة واستلم في دولة أخرى وكحادثة قذف ارتكبت في إذاعة لاسلكية او تلفزيونية بثت في دولة والتقطت في عدة دول اخرى . وكإغراء بنت على الفاحشة في بلد وتمام الفعل الفاحش في بلد آخر ، وكسحب شيك بدون رصيد في دولة على بنك في دولة أخرى تحقق فيها عدم وجود الرصيد . ففي كل من الامثلة المتقدمة تكونت الواقعة الواحدة من حوادث وقعت في أكثر من إقليم . إذن ، كيف يتم اعمال قاعدة الاسناد وتحديد قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام ؟؟

يجيبنا باتيفول بإعطاء الاختصاص الى قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الرئيسي للواقعة المنشئة للالتزام(١) . ويقصد بالفعل الرئيس هو الفعل الذي يرتبط مباشرة مع الضرر ، في حالة إلقاء القذيفة يكون الفعل الرئيس قد تم في المحل الذي انفجرت فيه ويكون الفعل الرئيسي قد تم بالنسبة لكتاب السب في المحل الذي تم فيه تسلم الكتاب (٢) ، ويميل القضاء في الولايات المتحدة الامريكية - على ما يبدو - الى تطبيق قانون مكان أقرب واقعة ترتب عليها وقوع الضرر(٣) .

الوجه الثاني لتوزيع عناصر الواقعة على أقاليم عدة دول يكون بحدوث الخطأ

---

١ - Batiffol 1959 , P. 608.

٢ - Batiffol 1939 , P.608.

٣ - Beale II , 3772 Goodrich . Jort Obligations Axd, TBE Conflit Law 73 PA T.R 1924
عن باتيفول ٦٠٩ .

في دولة وتحقق الضرر الناجم عنه في دولة أخرى ، كتصاعد مواد ضارة من معمل في دولة وإلحاق الضرر الناجم عنها بحقل زراعي في دول اخرى مجاورة ، وكتقليد انتاج معين او علامة فارقة في دولة واستعماله في دولة اخرى ، ووضع قنبلة زمنية في طائرة تم تفجرها في دولة اخرى . فما هو القانون المحلي في مثل هذه الحالات وهل هو قانون مكان وقوع الخطأ ، ام قانون مكان تحقق الضرر؟ لم يجيب القانون على ذلك وبهذا فلا مناص من اللجوء الى الاجتهاد .

وبهذا الشأن نجد عدة اتجاهات[1] : ـ

فيذهب رأي الى اعمال قانون المحل الذي حدث فيه الخطأ لأنه اساس المسؤلية المدنية وما الضرر الا نتيجة له ـ والخطأ انما يقدر بقانون البلد الذي ارتكب فيه . ولا يخلو العمل بهذا الإتجاه من الصعوبات وعلى وجه التخصيص في حالة ارتكاب الخطأ في اكثر من محل كالقذف بالبث التلفزيوني اذ يتم التقاطه في عدة دول .

ويعطي رأي آخر الاختصاص إلى قانون محل وقوع الضرر ، لان نظام المسؤولية المدنية لا يهدف إلى ايقاع الجزاء على المخطيء بقدر ما يهدف إلى تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر ، ولأن التعويض يتحدد بمكان قوع الضرر فهو المكان الذي اختل فيه التوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها .

واعطاء الاختصاص في المسؤولية التقصيرية الى قانون البلد الذي ترتب فيه الضرر لا يخلو بدوره من الصعوبات العملية نتيجة لتعدد الضرر ووقوعه في عدة دول ، فما هي الدولة التي يوكل الاختصاص لقانونها ؟

يقول البعض باعطاء الاختصاص الى قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر الرئيس . وهذا ما عمل به القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها أن إمرأة وضعت طفلاً في فرنسا أثر إغراء تم في البرتغال اعتبر الضرر الرئيسي ولادة المولود . التي وقعت في فرنسا فقانون محل الضرر الرئيسي هو القانون الفرنسي[2] .

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك في القانون الدولي الخاص .Tyan 1968 , P. 300

٢ ـ Paris Oct. 1955 , R.C. 484.

ويدعـوا آخـرون الى إعطاء المتضرر الحق في اختيار قانون محل وقوع الخطأ او قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر (١) وقد يكون مثل هذا النظام أكثر عدالة لأنه يمكن الطرف الضعيف وهو المتضرر من الالتجاء الى الطريق الأيسر والأنفع له .

ولم يقـيـدنا المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون المدني برأي دون آخـر من الآراء المتـقدمة . فقد اكتفى بإعطاء الاختصاص الى البلد الذي وقع فـيه الفعل المنشىء للإلتزام دون وضـع ضابط يتعين بمقتضاه الفعل المنشىء للالتزام وأبقى المسألة خاضعة في هذا الشأن للإجتهاد .

نطاق القانون المحلي :

يشـمل اخـتصاص هذا القانون اسباب المسؤولية وهي العمل الشخصي ، وعمل الغير ومـا ينجم عن الأشـيـاء والحـيـوانات . كما يشمل شروط المسؤولية كوجود الخطأ وتحـديد فكرة الخطأ ، ويحدد ايضـاً اسـباب دفع المسؤولية كالقوة القاهرة والحادث الفـجـائي وخطأ الضـحـيـة او فـعل الغير ، وهذا القانون تحدد الاهلية اللازمـة للمـسـائلة اي صلاحية من يقع منه الفعل الضار ، ان يكون محلاً لتحمل التـبـعة ، وهي لا تشترط كمال الاهلية كما هو الحال في الاهلية العامة فقد يكتفي القـانون بالنسـبة للاهلية التقصيرية مجرد الادراك وقد لا يكون الادراك مطلوباً في تحـقق هذه المسؤولية (٢) ويحكم هذا القـانون الضرر ايضـاً وتقـديره والتـعويض اللازم مادياً كان او معنوياً وكذلك العلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

---

١ ـ وبهذ اخذ الفقه في المانيا

Cumul Electif

Lewald; Red Dr .9NT.X, Obligation EN Droit int PR

Allemand No. 54.

٢ ـ فـفي قـضـيـة تريشار التي اعتبرت فيها محكمة التميز الفرنسية ان الشخص الذي كان في حالة صرع وقت كان ممسكا بمقود سيارته يبقى حارساً لها .

منقول عن الدكتور سامي بديع منصور ـ الوسيط في القانون الدولي الخاص صفحة ٣٥١ .

والقانون الأردني وإن أعطى الاختصاص في كل ما تقدم الى قانون البلد الذي تم فيه الفعل المنشيء للالتزام إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من المادة ذاتها فقيد اعمال القانون الأجنبي بشرط نص فيه «على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه» .

وكون الفعل يعد غير مشروع وفقاً لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار ، فإن ذلك لا يعد كافياً لاستكمال عناصر المسؤولية التقصيرية بل يشترط بالإضافة الى ذلك أن يكون الفعل الواقع خارج الأردن يعتبر غير مشروع وفقاً للقانون الأردني (١) فالزواج الثاني وتأديب الزوجة في الحدود المرسومة إن كان كل منهما لا يعتبر مشروعاً في الدولة التي وقع فيها الفعل فإنه يعد مشروعاً بمقتضى القانون الأردني ولا يترتب عليه أية مسؤولية تقصيرية .

وهنا يجدر الإشارة الى أن مجال تطبيق الفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين إنما يقتصر على تقدير مشروعية أو عدم مشروعية الفعل الواقع في الخارج وفقاً لمفهوم القانون الأردني فإن اتضح أنه يعتبر مشروعاً وفقاً للقانون الاردني فلا ينال القانون الاجنبي (قانون البلد الذي وقع فيه الفعل) التطبيق ، اما اذا تبين انه يعتبر غير مشروع بمقتضى القانون الاردني ، يصار عندئذ الى العمل بقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار في كل ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية ، الاهلية للمسائلة ، ارتكاب الخطأ ، الدفع بمشروعية الفعل ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وتقدير الضرر وما اذا يقاس بالضرر المباشر ام بغيره ، وما اذا يعتد بالضرر المادي فقط ام يؤخذ بالضرر الادبي ، ويرجع لهذا القانون بكل ما

---

١ - يرى البعض ان ما جاء في شرط كون الفعل غير المشروع الواقع في الخارج وجوب كونه غير مشروع في الداخل ايضاً ، وفق ما هو مقرر في الفقرة الثانية من النص وما يقابلها من النصوص العربية ، ما هو الا استثناء من القاعدة الاصلية التي تخضع الافعال الضارة لقانون محل وقوعها ، بهذا الرأي دكتور منصور مصطفى منصور ص٣٢٥ في صدد شرح المادة المماثلة لها في القانون المصري . ونحن نعتقد ان ما تقرره المادة الثانية هو شرط من شروط تطبيق النص لا استثناء يخرج النص من قاعدة اصلية .

يتعلق بالتعويض ، الطريقة التي يتم بها وكيفية تقديره والتضامن في المسؤولية المدنية عند تعدد الفاعلين .

الفعل النافع
(الكسب بلا سبب)

وكما يلزم من أحدث ضرراً للغير بتعويض الضرر كذلك يلزم من أثرى على حساب غيره دون وجه حق ، أن يرد اليه قيمة هذا الإثراء في حدود ما افتقره به ذلك الغير .

ومن تطبيقات العمل المادي النافع الكسب بلا سبب وقبض غير المستحق وقضاء دين الغير والفضالة[1] .

وتختلف تطبيقات الكسب بلا سبب وكذلك شروط وآثار كل منهما من قانون الى آخر . ومن هنا فإن احتمال إثارة التنازع بين قوانين الدول بهذا الشأن ليس بالأمر المستبعد وعندئذ يثور التساؤل عن القانون الذي يعطي التفضيل ؟ .

تذهب أكثر القوانين الى اعطاء الاختصاص الى القانون الإقليمي أي قانون البلد الذي تم فيه فعل الكسب بلا سبب . ومن القوانين التي تصدت لهذا الموضوع وخصته بنص هو القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ حيث نصت المادة ٦٧ منه على ما يلي «يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام» .

لم يرد في القانون الأردني نص خاص يسند العمل النافع الى القانون الواجب التطبيق لذا ينبغي ان يولى الاختصاص الى القانون المحلي (قانون البلد الذي حصل فيه الكسب بلا سب عملاً) فالفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون المدني والتي

---

١ ـ القانون المدني الاردني ، الكسب بلا سبب المواد من ٢٩٣ الى ٢٩٥ ، وقبض غير المستحق المواد من ٢٩٦ الى ٣٠٠ ، الفضالة ٣٠١ الى ٣٠٨ الاردني ، قضاء دين الغير المواد من ٣٠٩ الى ٣١٠ .

تنص على أن «الالتـزامـات غير التـعـاقدية يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام» .

ويرجع لهذا القـانون لتـحـديد أركـان الكسب بلا سـبب من إثراء وافـتقار (١) وانعـدام السـبب وأركـان الفضالة ودفع غير المستحق . وقد يختلف مكان الافتقار عن مكان الإثراء كسحب شيك في دولة وقبضه في دولة أخرى . فمن هو البلد الذي حدث فيه الفعل المنشىء للالتزام هل هو البلد الذي وقع فيه الافتقار ام البلد الذي حـصل فيه الإثراء ؟ . يرجح الفقه اعتبار البلد الذي وقع فيه الإثراء هو البلد الذي تـم فـيـه الفـعل المنشيء للالتـزام ، لأن الإثراء هو الأسـاس القـانوني للالتـزام في موضوعنا هذا (٢) . ويقـودنا هذا الرأي الى اعطاء الاخـتـصـاص في هذا الشأن الى قـانوَن البلد الذي تم فـيـه دفع غير المسـتـحق وهذا القـانون هو الذي يبين معنى الإثراء ومـعنى الافتقار ومعنى انعدام السبب القانوني ، ويرجع اليه لمعرفة أحكام دعـوى الإثراء وتحـديد مـقـدار التعويض . وبالنسبة للفضالة فيكون قانون البلد الذي تولى فيه الفضولي شؤون رب العمل .

١ ـ وَكل من الاثراء او الافـتـقـار قد يكون ايجابياً او سلباً وقد يكون مادياً او معنوياً مباشراً او غير مباشر .

٢ ـ راجع تفـصـيل ذلك ، دكـتـور هشـام علي صـادق ـ تنازع القوانين ـ الاسكندرية ١٩٧٤ ، ص٧٤٤ .

المبحث الرابع

شكل التصرف

لا تخضع التصرفات القانونية عادة لشكلية معينة وإنما يكفي لإنعقاد العقد مجرد ارتباط الإرادتين على الوجه المشروع ، لأن الأصل في العقود في القوانين الحديثة الرضائية لا الشكلية (١) ومع ذلك فإن أكثر التشريعات لا تكتفي أحيانا باظهار الرضا لانعقاد العقد بل تشترط اظهار الإرادة بشكل معين بالنسبة لبعض التصرفات القانونية المهمة بغية تنبيه أطراف العلاقة الى أهمية وخطورة التصرف الذي يقدمان عليه وحتى يكون الغير على بينة وعلم بمضمون التصرف ، والشكلية قد تكون بحضور شاهدين كشرط لانعقاد العقد أو اتباع مراسيم معينة أو بالكتابة عرفية كانت أو رسمية ... الخ .

والقانون الأردني شأنه شأن القوانين الأخرى اشترط لانعقاد بعض العقود شكلية خاصة (٢) أو تسجيل العقد في السجلات الرسمية كالعقود الواردة على ملكية العقار التي اشترط لانعقادها التسجيل في دائرة التسجيل العقاري (٣) ... الخ.

إن النصوص الاجنبية التي تستلزم شكلية معينة لبعض العقود قد تختلف عما هي عليه في القوانين الوطنية وعما هي عليه في القوانين الأخرى لأن الأشكال المقررة في قوانين الدول متنوعة ومختلفة ، وهذا التنوع والاختلاف في الشكل يثير التنازع بين قوانين الدول مما يلزم تحديد القانون الذي يحكم الشكل .

ويدور التنازع عادة بين قانون محل ابرام التصرف وقانون الجنسية وقانون

---

١ ـ دكتور عبد المجيد الحكيم ـ الموجز في شرح القانون المدني العراقي ـ ج١ ، ص٤٣ .

٢ ـ المادة ٥٨٤ الفقرة (أ) من القانون المدني تشترط أن يكون عقد الشركة مكتوباً .

المادة ٩٤٢ من القانون المدني تشترط لنفاذ عقد التأمين على حياة الغير موافقته خطياً قبل إبرام العقد .

٣ ـ المادة ١٤٨ مدني لا تنقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقاً لاحكام القوانين الخاصة .

بلد التنفيذ والقانون الذي يحكم العقد من الناحية الموضوعية فلأي قانون من هذه القوانين يعطى الاختصاص .

لقد جرت العادة الدولية من قديم الزمان على اخضاع شكل التصرف الى قانون الجهة التي تم فيها التصرف فقانون البلد الذي تم فيه التصرف يعتبر مختصاً في تقرير ما إذا كانت الشكلية المقررة فيه مستوفاة أم لا (١) . وقد أخذ بقاعدة اخضاع التصرف لمحل ابرامه Locus Riget Actum منذ ظهور نظرية الحواشي الإيطالية وطبقتها محاكم الدول ونصت عليها تشريعات متعددة ومنها القانون الاردني إذ نص عليها في القانون المدني في المادة ٢١ منه تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها (٢) كما نصت على ذلك المادة (١٣/ ٢) منه بقولها «يعتبر الزواج صحيحاً من حيث الشكل إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين» . وقد أخذ بها القانون التجاري الأردني بالنسبة للسفتجة .

أساس هذه القاعدة :

تقوم قاعدة خضوع شكل التصرف الى قانون الجهة التي أبرم فيها على اعتبارات عملية . وهي التيسير والتسهيل على المتعاقدين في اجراء تصرفات صحيحة من حيث الشكل أينما وجدوا . لأن الزامهم بشكل معين حتى لو كانوا في الخارج قد لا يمكنهم ذلك من ابرام التصرف وفقاً للشكل المفروض لصعوبة علمهم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي تم فيها التصرف ، بل حتى لو افترض علمهم بأحكامه قد لا يتيسر لهم اتباع ذلك الشكل في البلد الأجنبي لأي سبب من الأسباب كأن ترفض السلطة الأجنبية اتباع شكلية أخرى غير المقررة بقانونها . في حين لو

---

١ ـ اقرت محكمة التمييز الفرنسية بزواج يهودي في العراق وفقاً للشكل الديني المعترف به في العراق Journal de droit international 13 Oct. 1958 , 466

٢ ـ ويقابل هذا المادة ٢١ من القانون المدني السوري والمادة ٢٠ مدني مصري والمادة ٦٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ كويتي .

مكن أطراف العلاقة اتباع الشكل المقرر في قانون البلد الذي ابرم فيه التصرف سيكون في مقدورهم التعرف على احكامه والعمل بمقتضاه بسهولة .

وبالإضافة الى المبررات العملية المستمدة من عامل التسهيل فإن الأخذ بالشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه التصرف القانوني يؤدي الى اطمئنان المتعاقدين على القيام في أي محل بتصرفات قانونية صحيحة .

وإذا كانت قاعدة خضوع شكل التصرف الى محل ابرامه تقوم أساساً على مبدأ التيسير على المتعاقدين فليس هناك ما يدعو الى الأخذ بها بصورة اجبارية . لأن اعطائها صفة الإلزام يفقدها أساسها ولا يتفق مع تحقيق هدفها . وانما ينبغي عدم الزام المتعاقدين باتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام . وبهذا اخذت أكثر القوانين بتقديم أكثر من ضابط للإسناد من حيث الشكل اذ أجازت للمتعاقدين اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام أو قانون الجنسية أو قانون موطن المتعاقدين أو للقانون الذي يحكم الموضوع وهذا ما اتجه اليه المشرع الأردني كما يبين أدناه .

الشكل في القانون الأردني :

من مطالعة نصوص القانون الأردني يتبين لنا أنه تبنى ، كمبدأ عام ، إخضاع شكلَ التصرف الى قانون محل إبرامه وأجاز في الوقت ذاته باختيار قانون آخر .

وهذا واضح من استعراض بعض النصوص التي تنظم الشكل . ففي الزواج مثلاً قالت الفقرة (٢) من المادة(١٣) من القانون المدني .

«يعتبر الزواج ما بين أجنبي أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه ، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين» .

وبالنسبة للعقود نصت المادة (٢١) من القانون المدني على أنه «تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع للقانون

الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني» .

يتبين مما تقدم بأن المشرع الأردني لم يتقيد بضابط محل ابرام التصرف لتعيين القانون الذي يحكم شكل التصرف وإنما خير بين عدة ضوابط وهي :

١ ـ محل ابرام التصرف .

٢ ـ القانون الذي يحكم العقد من الناحية الموضوعية، أي القانون المختار .

٣ ـ قانون الموطن المشترك للمتعاقدين .

٤ ـ قانون جنسية المتعاقدين إذا كانا من جنسية واحدة .

فالمشرع قد اعطى للأفراد حرية افراغ عقدهم بالشكل المقرر في القانون الذي يحدده احد ضوابط الاسناد الانفة الذكر . وبأعطائهم حرية الاختيار بهذا الشكل قد سهل عليهم اتباع ما هو ميسور بالنسبة اليهم .

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشكل :

ينحصر نطاق تطبيق قانون الشكل ويتحدد بما يعتبر من الشكل . لذا يلزم تحديد المقصود بالشكل ثم تعيين حدود تطبيق القانون المختص . فما هو الشكل ؟

إن تحديد مفهوم الشكل يواجه صعوبة لأن ما يعتبر من الشكل بمقتضى قانون الدولة قد يعتبر وفقاً لقانون دولة أخرى من الموضوع . لذا تبدو الأهمية واضحة لتمييز وتفريق ما يعتبر من الشكل وما يعتبر من الموضوع وعلى الأخص في حالة ما إذا كان الاختصاص في كل منهما يعهد لقانون غير القانون الذي يحكم لآخر .

ولا يخفى بأن تحديد ما يعتبر من الشكل أو من الموضوع هو مسألة تكييف ، والاختصاص في التكييف هو من اختصاص قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع والقاضي يأخذ بمفاهيم قانونه في تحديد وصف ما إذا كان الأمر يتعلق بالشروط الشكلية أم بالشروط الموضوعية .

ومع ذلك ومن استعراض آراء الشراح يتبين لنا ان المقصود من شكل التصرف هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة . فالإرادة تتحرك نحو أثر قانوني بعمل مادي يتعرف عليه المتعاقد الآخر أو الأغيار فما يتطلبه القانون من أوضاع لاظهار الإرادة فيعبتر من الشكل (١) كتحرير العقد بالشكل العرفي أو الرسمي ، وحضور الشهود في العقد ان كان شرطاً متعلقاً بتكوين العقد لا مجرد دليل لأثباته وما يجب ذكره في المحررات والشكل المادي لها وعدد النسخ اللازمة والطقوس والإجراءات الواجب اتباعها والاشارة الواجب القيام بها ، كل ما تقدم إذا اشترطه القانون فهو يعتبر من شكل التصرف . والقانون الذي أولى اليه الاختصاص في شكل التصرف يحكم ، بالوقت ذاته ، في أكثر القوانين موضوع الاثبات أيضاً إذ يرتبط به في أكثر القوانين (٢) . لهذا يرجع الى القانون الذي يحكم الشكل في تعيين وسائل الاثبات مثل كون العقد يمكن أو لا يمكن أثباته بالشهادة أو بالقرينة أو بالبينة التحريرية .ويرجع اليه أيضاً لمعرفة ما إذا كان الإقرار والقسم مقبولين وبأي شرط[٣] .

وتخرج من اختصاص القانون الذي يحكم شكل التصرف الأشكال التي تعتبر ركناً قائمًا بذاته في العقد كالرسمية في الهبة وفي الرهن فإنها تعتبر من الشروط الموضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع (٤) وكذلك التصرفات الواقعة على العقار فالتسجيل فيها في سجلات دائرة التسجيل العقاري يعتبر ركناً في انعقاد التصرف[٥] .

وهناك بعض المسائل قد يتوهم المرء بأنها تدخل في مفهوم الشكل ولكنها في الواقع لا تعتبر منه لذا يحسن منعاً للخلط ابرازها وتوضيحها كالآتي : -

١ - منصور مصطفى منصور ، الدكتور ١٧٩ .

٢ - قانون الاثبات العراقي رقم ١٧٠ لسنة ١٩٧٩ الفقرة الاولى مادة ١٣ «يسري في شأن الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني ...» .

٣ - دكتور جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ص٤٩٨ ، عبد الحميد عمر وشاحي ، القانون الدولي الخاص العراقي ، ص٣٤١ .

٤ - دكتور عز الدين عبدالله - محاضرات في تنازع القوانين في العقد - الكويت ١٩٧٢ ، ص٤٢ . دكتور محمد كمال فهمي - القانون الدولي الخاص - الاسكندرية : ١٩٥٥ ص٤٧٠ .

٥ - دكتور صلاح الدين الناهي - الوجيز في الحقوق العينية الاصلية - ١٩٦٠ - ١٩٦١ ، ص٣١٠ . محمد طه البشير - الحقوق العينية التبعية - ١٩٦٨ ، ص٥٦ .

١ ـ الأشكال المتممة للأهلية :

وهي التي يلزم استكمالها لتجعل ناقص الأهلية أهلاً للتصرف كاستحصال الصغير الإذن من المحكمة لإدارة المحل التجاري العائد له واستحصال الولي الإذن اللازم من المحكمة المختصة لإدارة أموال من هو تحت ولايته ، من صغير ومجنون (١) فالقواعد المنظمة لمثل هذه المسائل ما وضعت إلا لتنظيم حماية ناقص الأهلية أو عديمها . ولذلك يجب أن يرجع فيها الى قانون جنسية ناقص الأهلية (٢) لأنه أكثر ملاءمة لتحقيق هذه الحماية وعلى هذا الأساس تخرج القواعد المنظمة لمثل هذه المسائل من نطاق شكل التصرف وتخضع للقانون الذي يحكم الأهلية حيث بمقتضاها تتحدد السلطة التي تأذن بذلك وبموجبه تتعين حدود السلطة الممنوحة . أما المسائل الخاصة بالإجراءات اللازم اتباعها في تقديم الطلب الى المحكمة وكيفية اقامة النائب واصدار الإذن فهي إجراءات تخضع لقواعد الإجراءات للمحكمة المرفوع أمامها الطلب(٣) .

٢ ـ الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ وإجراءات إقامة الدعوى وتعقيبها : ـ

وهي لا تخضع الى قانون البلد الذي تم فيه التصرف القانوني وإنما الى قانون المحكمة المطلوب اليها إجراء التنفيذ (٤) .

٣ ـ الأشكال المتعلقة بالعلانية :

كتلك التي تقع على الأموال والتي يقصد من إعلانها حماية الأغيار عن طريق شهر التصرفات القانونية كالقيد في السجل والإعلان عن تأسيس الشركة فهي

---

١ ـ جاء في الفقرة الاولى من المادة ١١٩ من القانون المدني الاردني : «للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً» .

٢ ـ دكتور محمد كمال فهمي ، ٤٧٠ .

٣ ـ للمؤلف دكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الكويتي ـ ص١٤٦ . وراجع دكتور عز الدين عبدالله الطبعة التاسعة ص٥٠٦ .

٤ ـ وهذا مانصت عليه المادة ٢٣ قانون مدني اردني بقولها «يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى او تباشر فيها اجراءاتها على قواعد الاختصاص واجراءات التقاضي» .

من اخـتصاص قانون موقع المال إذا كان النزاع يتعلق بالأموال التي يتعلق بها الإعلان والإشـهار .

إثبات التصرف

يقتصر البحث هنا على تعيين الدليل الذي يمكن قبوله في الاثبات كالمحرر رسمياً كـانِ أو عـرفـيـاً والبـينة الشـخصية والقرائن والتسجيل ، وعلى تحديد قوة الدليل المعـتمد قانوناً . وأدلة الإثبات وقوتها ـ كما نعلم ـ تتنوع بتنوع القوانين مما ينجم عنه تنازع بين القـوانين يتطلب حله بإعطاء الاخـتـصـاص في ذلك الى أحد القوانين المتنازعـة . والقـاعـدة العامة في هذا الشأن أن مسـألة الإثبات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة الشكل ، فالقانون الذي يحكم الشكل هو ذاته يحكم الإثبات وهذا ما نصت عليـه صراحة بعض التشريعات كالمشرع العراقي في المادة (١٣) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ حـين نـص على أن «يسري في شأن أدلة الإثبـات قـانون الدولة التي تم فـيـهـا التصرف القـانوني ....» ولما كان قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفـقاً لما قررته المادة ٢٦ من القـانون المدني العـراقي هو القـانون الذي يحكم الشكل فـمـؤدي هذا أن المشرع قد ربط بين الشكل والإثبات وإخضعهما الى قـانون البلد الذي تم فيه الصرف . ولم نجد في القانون الأردني نصاً صريحاً بهذا المضـمـون . عليـه يتـبع مـا شاع وانتشر دولياً (اخضاع الاثبات الى القانون الذي يحكم الشكل) .

والى هذا القانون ـ قانون البلد الذي تم فيه التصرف ـ ينبغي الرجوع في كل ما يتـعلق بنوعـية الدليل وقوته من دليل كتابي أو تسجيل أو شهادة أو قرينة وليس في مقدورنا الحياد عنه إلا بمقدار ما يمليه علينا الإستثناء إذا ما وجد .

هذا بخـصـوص اثبات التصرف القانوني ، اما بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبـيق في مـسـائل الاثبـات فـسنعـود اليـه عند دراسـة كيفية سير المرافعات في الدعوى.

الفصل الرابع

موانع تطبيق القانون الأجنبي

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو في القانون الذي يتعين بمقتضاها الى القانون الواجب التطبيق يتوجب عندئذ العمل بمقتضى القانون الذي رسى الإسناد إليه لتطبق قواعده الموضوعية ، ومع ذلك فإن تطبيق القواعد الموضوعية للقانون المعين قد يصطدم واقعاً بمانع يحول دون تحقيق تلك النتيجة . فقد يمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون لوجود مانع يدعو الى استبعاده .

فهو يمتنع عن التطبيق في الأحوال التي يتجافى فيها القانون الأجنبي مع قواعد النظام العام لقانونه ، أو إذا كان اختصاص القانون الأجنبي مختلقاً بسبب التحايل على القانون الوطني للتخلص من أحكامه أو إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي إضرار بالمصلحة الوطنية .

فموانع تطبيق القانون الأجنبي هي النظام العام والغش نحو القانون والمصلحة الوطنية . وحيث المصلحة الوطنية كاستثناء من القاعدة التي تعطي الاختصاص في الأهلية لقانون الجنسية قد سبق دراستها في بحث الأهلية لذا يقتضي أن نقصر دراستنا على النظام العام والغش نحو القانون (التحايل على القانون) وسنتولى دراسة كل منهما ببحث منفصل .

المبحث الاول
النظام العام

من المســائل المهــمــة والمعـقدة في القانون فكرة النظام العام التي يتركز النقاش حــولها في الابحــاث المتـعـددة لعلماء القانون الداخلي والدولي . ويكاد يكون الاتفاق مــعدوما على تبني ضابط مستقر للنظام العام ، كما خلت نصوص القوانين في اكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام المعقدة .

ورغم عدم تمكن العلماء من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام فان لا خلاف على مفعولها بمثابة دفع لاستبعاد القانون الاجنبي المختص فمن المسلم به انه كلما اتضح للقــاضي في دولة مــا ان احكام القانون المراد العمل به غير مقبولة ، وفي بلده وانها تتنافى مع الافكار الاســاســيـة التي يقوم عليها نظام مجتمعة فانه يمتنع عن تطبيقها .

ان مجال تــطـبـيــق فكرة النظام العــام واسع جــدا ولا يقــتصر على نوع مــعين القــوانين فــيعمل بها في الميراث والعقود والاهلية والزواج ... الخ ولهذا قد يكون من الانفع طرح امــثلة عــمليــة توضح المقصود بالنظام العام ودوره كسد مانع يحول دون نفوذ القانون الاجنبي المختص .

لو تزوجت بيـضــاء من زنجي وكــان قــانون جنسيتهما يحرم زواج السود من البــيض ، وطعن بهذا الزواج امــام محكمة دولة اخرى (الاردن) لا تعترف قوانينها بتــحــريم زواج الســود من البــيض ، فــان القاضي الموكول اليه النزاع سيمتنع عن الاخــذ بالقــانون الاجنبي المخــتص (قــانون جنســيــتــهما) لانه لا يقــر ولا يعترف بالتــمييز العنصري القائم على اختلاف اللون ويرى في مثل هذه الاحكام اعتداء على انسانية الفرد وهي احكام مخالفة للنظام العام .

ويكون طلب الزواج الثــاني لمسلم في بلد لا تسمح قوانينه بنظام تعدد الزوجات طــلبــا مــردودا مع ان قــواعــد الاسناد لذلك البلد تعطي الاخــتــصــاص للشريعـة الاسلامية التي تستجيب احكامها لهذا الطلب .

وفي الميراث : اذا كـان القـانون الاجنبي المختص يورث المتبنى او يعتبر اختلاف اللون مـانعاً من الميراث فقانون كهذا يعتبر مخالفاً للنظام العام ولا ينال التطبيق في الدول التي يرفض قانونها التبني(١) ولا يجيز التميز القائم على اختلاف اللون .

ويتـدخل النظام العـام بمنع تسرب القـوانين الاجنبـية التي تجيز بعض العقود ويؤدي تطبـيقـها الى نتائج لا يقبلها الشعور الجماعي ، فمما لا يمكن قبوله اقرار العقود المتعلقة بالرق والعقود الواقعة على بيع التركات المستقبلة في بلد لا يجيزها .

ولا تقـتـتصر فكرة النظام العـام على مـسألة تنازع القوانين بل تتعداها لتشمل مـوضوع احترام الحقوق المكتسبة فهي كا سنرى الاساس في نظرية تنفيذ الاحكام الاجنبـيـة فـلا يجوز تنفـيـذ عـقـود أبرمت عن طريق الاكراه المفسد للاختيار او الضـَغط الشـديد حـتى لو كان القانون الذي يحكمه لا يبطل مثل هذه العقود رغم عيب الارادة (٢) .

هذه بعض النماذج التي يظهـر فـيها دور النظام العام الدولي كمانع يحول دون تطبـيق القانون الاجنبي المختص ، وللاحاطة بالموضوع يتعين علينا دراسة اساس فكرة النظام العـام الدولي وتعريفه وتمييزه عن النظام العام الداخلي واخيرا التعرف على طبيعته والاثار التي تترتب عليه .

اساس الاخذ بفكرة النظام العام الدولي :

مع ان قـواعـد الاسناد لقانون القاضي تعقد الاختصاص للقانون الاجنبي الا ان القـاضي في مـقـدوره الامـتناع عن تطبـيق احكام ذلك القانون بحجة تعارضـها مع فكرة النظام العـام . ويرجع امـتناع القـاضي هذا الى انتـفـاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص . ويتحقق عدم الاشتراك القانونين لا بمجرد تخلف وحدة

---

١ ـ دكتور احمد غندور ـ الاحوال الشخصية في الكويت ـ ١٩٧٢ ، لا يترتب على التبني بمقتضى الشريعـة الاسلامية اي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والابناء ، ص٥٣٠ .

٢ ـ أنظر دكـتـور ممدوح عـبـد الكريم ـ القـانون الدولي الخـاص ـ دار الحرية للطباعة بغداد : ١٩٧٧ ، ص٣٣١ .

الاحكام المقــررة بين القــانونين الاجنبي والوطني . فــاخــتلاف كهذا هو امر طبيعي ومنتظر ينجم عن الاســتقلال التشريعي لكل دولة (١) ولهذا فليس من المســتبعد ان يكون هناك اخــتلاف في تحديد سن الرشد او في تعيين شروط الزواج ، او في تعيين الورثة او تحـديد نصيب كل واحد منهم وكذلك في حقوق الزوجين وواجباتهما . ان اخـتلافات كهذه لا تعدم من حيث الاصل الاشتراك القانوني اذا كانت لم تبلغ بعد درجـة الاختلاف الجذري بين المفاهيم العامة للقوانين ، ولكن في اللحظة التي يصل فـيـها الاختلاف الى الاصول العامة للقوانين بحيث تصطدم الاحكام الاجنبية بمبدأ جـوهري يقـرره قـانون القـاضي ، فـان الحد الادنى للاشتراك القانوني يتصدع ، فـالاخـتلاف في حكم اهلية الشخص واعتباره ناقص الاهلية طالما كان ابوه على قيد الحـيـاة مـهما بلغ الولد من العـمـر ، وكـذلك الاخــتــلاف في موانع الزواج واعتبار الزواج بين الخــال وبنت الاخت صــحيحا ، هذه الاختلافات تعتبر شذوذا ومجاوزة لحدود الاختلاف المعقول مما لا يمكن القاضي - في دول اخرى - من تحمله والعمل بـه . والـقـاضي في امـتـنـاعـه عن تطبـيق القـانون الاجنبي المخـتص رغم ان هذا الاخــتـصـاص تقرره قواعد الاسناد الصادرة من مشرعه ، لا يكون بعمله قد رفض الامـتـثـال لاوامر مشرعه لان المشرع عندما يعطي الاختصاص لقانون ما مراعاة في ذلك لحـاجـة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة ، انما يسمح بتطبيقه مقرا وجود، حـد ادنى للاشتراك بين قـانونه والقـانون الاجنبي الذي انيط به الاختصاص . اي انه قـد افترض انه هناك وحـدة للاصول العامة بين القانونين ولكن متى ما انتفى هذا الافتراض وبرز اخـتلاف اساسي يتضمن خرقاً للحد الادنى للاشتراك القانوني وجب الامـتناع عن الاخـذ بالقـانون الاجنبي لتـعارضه مع فكرة النظام العام (٢) للدفـاع عن القسم الاساسي للنظام الاجتماعي للبلد ، وامر كهذا يوكل حتما للقاضي لان المشرع يعين الاخــتـصاص القانوني بمقتضى قواعد اسناد مجردة وهي قواعد عـامـة تعـهـد الاخـتـصـاص لقانون يتعين بظرف الاسناد . والاختصاص سيوكل

---

١ - نـظرية برتان Niboyet «ولا يعـتبر من النظام العـام الاخـتلاف بالقدر الجائز الإيصاء به» راجع دكتور هشام علي صادق دراسات في القانون الدولي الخاص، ص ٢٦٤ .

٢ - د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ص ٥٥٤ .

لقانون غير معروف من قبل المشرع الوطني فأن فحوى القانون الذي سيعقد له الاختصاص لا يمكن معرفته الا بعد الرجوع إليه وعند التطبيق ، اضف الى ذلك ان القوانين لا تبقى على حالها بل كثيرا ما تلغى وتستبدل بها غيرها او تعدل . وكأن المشرع ، عند وضعه قواعد الاسناد ، يقوم بقفزة في عالم مجهول (١) والسير مع قاعدة الاسناد وبهذا الشكل قد يوقعنا في زلل وهو اقرار حكم ظالم يتعارض مع المعتقدات السائدة في دولة القاضي ولما كان من غير المتصور أن يقبل المشرع بتطبيق القانون الاجنبي ايا كان مضمونه (٢) لهذا ولتحاشي النتائج الوخيمة التي تترتب عن تطبيق قانون لا يتفق في مفاهيمه مع المفاهيم الاساسية لقانون القاضي لا بد من وسيلة للدفاع عن القسم الاساسي للنظام الاجتماعي للبلد . وليس هناك من سلاح في هذا الا التمسك بفكرة النظام العام .

وعلى ما يبدو فان فكرة النظام العام تظهر على أشدها بين قوانين الدول المختلفة فيما بينها حضاريا لان اختلاف التيارات الخلقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية يؤثر في وضع القواعد القانونية ويؤدي الى التباين الكبير بين الدول المتمدنة والاخرى غير المتمدنة، وعدم الاشتراك القانوني ، وان كان يظهر بدرجة كبيرة فيما بين البلاد المتمدنة والبلاد الاخرى غير المتمدنة الا انه لا يقتصر عليهما فقد يظهر انتفاء الاشتراك القانوني بين دول لا تختلف حضاريا بالنسبة لنظام أو انظمة معينة . كما أن الاختلاف له درجات متفاوتة فقد يكون شاملا لجميع النظم القانونية وقد يكون قاصراً على مسألة أو مسائل معينة كأقرار الطلاق في بلد وتحريمه في بلد آخر ، ففرنسا وايطاليا لا تختلفان حضاريا والاسس القانونية لهما مشتركة ومع ذلك فان نظام الطلاق وان كان مقبولا في فرنسا فإنه ولوقت قريب جدا كانت المحاكم الايطالية تمتنع عن العمل به لمخالفته للنظام العام[٣] .

وينتفي الاشتراك القانوني بين قانونين بالنسبة لبعض المسائل ، وتنهض فكرة

١ ـ Saut Dans L Inconnu أو كما يقول العالم الالماني قفزة في الظلام Rappe ، انظر Tyan ص ٣٥١ ، وماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص ، جامعة الكويت ، ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤ .

٢ ـ «إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية في اقليمه تحقيقاً للعدالة فأن هذا لا يعني انه قد منح توقيعاً على بياض لكافة مشرعي دول العالم» Batifol ص ٢٠٢ .

٣ ـ عبد المنعم رياض، مبادىء القانون الدولي الخاص، ص ٣٥٣ .

الـنـظام العـام كمانع يحول دون تطبـيق القـانون الاجنبي المخـتص في نطاق ذلك المجـال كما لو تعـارض القـانون الاجنبي مع مـصلحة حيوية للبلد (١) وكـذلك اذا تعـارض القـانون الاجنبي مع سياسة تشريعية متبعة في بلد القاضي فالحكم المقرر في قـانون اجنبي يجيـز رفع دعـوى الاعتراف بالابوة في مـيـعـاد اطول من الميعاد المقـرر له في القـانون الفـرنسي اعتبر من قبل المحاكم الفرنسية مخالفا للنظام العام وامـتنعت عن العمل به بحجة مخالفته سياسة تشريعية انتهجها المشرع الفرنسي (٢) فـهـو باشتراطه اقـامـة الدعـوى خلال مهلة قصيرة كان يهدف الى تأمين سياسة مـعـينة وهي الاسـتقرار العائلي ، وقبول تطبيق قانون اجنبي يمد هذه المدة يضيع على المشرع الهدف الذي توخاه وهو الاستقرار العائلي .

ويرجع انتـفاء الاتفاق القانوني بين تشريعات الدول الى عوامل عدة منها ما هو فني ومنها ما هو اجتماعي واقتصادي وسياسي .

فاختلاف التشريعات من الناحية الفنية في تنظيم حق من الحقوق قد يكون سببا في تخلف الاشتراك القـانوني مما يؤدي الى اسـتـحـالة تطبيق القانون الاجنبي من الناحـيـة الفنيـة ، فالرهن الحيازي نظمته تشريعات دول متعددة ولكن بطرق فنية مختلفـة فـمنهـا مـا اشترط لنفاذه في مواجهة الغير نقل الحيازة من المدين كما هو عليـه الحـال في القـانون المدني الأردني الذي يتطلب لتمامه ولزومه بحق الغير أن يُقـبض المرهون من قـبل الدائن او من قـبل عدل ، مدني اردني ١٣٧٥ (٣) ، اما القـانون التـجـاري فـلا يشـترط نقل الحـيـازة فـتسجيل الرهن التجاري في رهن المؤسـسـة التـجارية يقوم مقام انتقال الحيازة (٤) . ومنهـا مـا لا يتطلب مـثل هذا

---

١ ـ Niboyet ص٥٣٢ .

٢ ـ R.Savatier D.I.P. 1949 , P.220

٣ ـ الدكتور فوزي محمد سامي ـ مبادىء القانون التجاري ص٢١٤ .

٤ ـ انظر القـانون التـجاري الاردني للمؤلف الدكتور محمد حسين اسماعيل ، ص١١١ . وانظر فـيما يتـعلق برفع الحـيـازة في القـانون العراقي محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مطبـعة العانـي ، بغـداد : ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ . ص١٤٣ القـانـون العـراقي ـ ما يتعلق منها في (م١٣٢٢ و ١٣٢٤ و ١٣٥٤ من القـانون المدني) . وانظر دكـتـور حـسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكام في القانون الدولي الخاص الكويتي ، ص٩٢ .

الاجراء كالقانون الانكليزي والقانون الامريكي ، الاختلاف سيؤدي ولا شكل الى الاضطراب في تنظيم الائتمان مما يمتنع معه على القاضي اعمال القانون الاجنبي المختص (١) . وغالبا ما يكون سبب الاختلاف هو عدم ملائمة احكام القانون الاجنبي مع شعور مجتمع القاضي من النواحي الادبية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية كما لو كان القانون الاجنبي يجيز الرق او يمنع الزواج بسبب اختلاف اللون او يجيز الاعتراف باولاد الزنا لما تنطوي عليه هذ الاحكام من انتهاك للقيم الانسانية ولا يمكن ان تكون موضع احترام من قبل المحاكم الوطنية وتمتنع المحاكم ايضا عن العمل بالقانون الاجنبي اذا كان يتنافى مع مبادىء العدالة كما لو كان يجيز تنفيذ عقد ولو تم عن طريق الاكراه المفسد للاختيار او تم عن طريق الضغط الشديد(٢) . ولاسباب اجتماعية لا يسمح بتطبيق القوانين الاجنبية التي تقر الاتفاقات الخاصة بالرهان والمقامرة(٣) .

ولاسباب اقتصادية لا يمكن العمل بالقانون الاجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب أو بعملة اجنبية لتعارضها مع التشريع الوطني الذي يفرض الدفع بالعملة الوطنية(٤) .

ويعتبر من النظام العام ايضا قوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحماية المستهلكين في الظروف الاستثنائية في الدول التي تتبع الاقتصاد الموجه او النظام الاشتراكي . فالقواعد الاقتصادية ما وضعت الا لحماية مصالح المجتمع الاقتصادية ، لهذا لا يجوز خرقها والعمل بقواعد اجنبية تجيز الخروج عليها .

---

١ ـ الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ص٥٥٥ .

٢ ـ دكتور ممدوح عبد الكريم ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين ، مجلة القانون والاقتصاد لجامعة البصرة ، العدد الخامس ، سنة ١٩٧١ ، ص١٢٥ .

٣ ـ لتعارضها مع المبدأ الذي تقرره المادة ٩١٥ من القانون المدني التي تقضي بأن كل اتفاق على مقامرة او رهان محذور يكون باطلاً .

٤ ـ الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص العربي ص٥٥٦ .

تعريف النظام العام :

لقد بذلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول الى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام ، الا ان الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود فقد جاءت التعاريف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام . ويرجع ذلك لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت لان فكرة النظام العام متغيرة تتطور وتختلف من مكان لآخر ومن زمانٍ لزمان (١) . وقد عرف النظام العام بانه سلاح للدفاع ضد أي قانون اجنبي يكون تطبيقه لازما في الاصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية(٢) .

وعرفته المادة (٣٠) من القانون المدني الالماني بانه القواعد التي تتصل باصل اسس النظام الاجتماعي او السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه(٣) .

وعرفه بعض الكتاب الانكليز بانه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الاجنبي في الاحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانكليزي اوقواعد الآداب العامة المرعية في انكلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها(٤)

وعند الدكتور أحمد مسلم أن «النظام العام في دولة ما ماهو الا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالامن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام افكار دينية اساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية او الرأسمالية أو محوها من المذاهب والافكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك»(٥) .

---

١ ـ أنظر دكتور عبد المجيد الحكيم ـ مصادر الالتزام ـ شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد : ١٩٦٠ ، ص١٧٧ .

٢ ـ أنظر Cremieu Louis . Cours Aix - En - Provence 1959 , P. 159 .

٣ ـ أنظر Tyan 180

٤ ـ راجع عبد الحميد عمر وشاحي ـ القانون الدولي الخاص في العراق ـ ص١٦٨ .

٥ ـ الدكتور احمد مسلم ـ القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ـ ص٢٠٣ ، بيروت : دار النهضة العربية .

وفضل بعض الكتاب واكثرية المشرعين عدم اعطاء تعريف للنظام العام تاركين المسألة لتقدير القاضي ذلك لان فكرة النظام العام ليست ثابتة بل قابلة للتغيير بحسب الزمان والمكان .

ومن بين القوانين التي التزمت السكوت في تعريف النظام العام الدولي ، القانون الاردني إذ خلت قواعد الاسناد فيه من تعريف له واكتفى في المادة (٢٩) من القانون المدني بمنع تطبيق القانون الاجنبي المختص إذا كانت احكامه تتعارض مع فكرة النظام العام حين نصت على ما يلي : «لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في المملكة الاردنية الهاشمية» وهو نص لم يحدد المقصود بالنظام العام بل ترك ذلك الى القاضي المرفوع امامه النزاع .

وحتى بالنسبة للنظام العام الداخلي فان النصوص القانونية قد خلت من تعريف له . فالمادة ١٦٥ من القانون المدني الاردني اوجبت أن يكون سبب الالتزام غير مخالف للنظام العام أو الآداب والا كان باطلا والمادة ١٦٣ منه قضت ان لا يكون محل الالتزام ممنوعاً قانونا أو مخالفاً لنظام العام أو الآداب .

وإزاء صعوبة اعطاء تعريف للنظام العام فقد اكتفت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٣) مدني بإيراد بعض المسائل التي اعتبرها المشرع من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على خلافها حيث نصت على أن «ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والأجراءات اللازمة للتصرف في وقف العقار وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المتسهلكين في الظروف الاستثنائية» فالاحكام المنظمة للمسائل الوارد ذكرها في الفقرة (٣) من المادة (١٦٣) تعتبر من القواعد الآمرة في القانون الاردني لذا فان أي اتفاق على خلافها يتعارض مع النظام العام ويكون جزاؤه البطلان ، هذا في النطاق الداخلي اما في تنازع القوانين فلا يشترط تطابق نطاق فكرة النظام العام الداخلي مع نطاق النظام العام الدولي ، لان مجرد تعارض

مـضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق مع احكام القواعد الآمرة لاية مسألة من المسـائل المقـررة في الفقرة الثالثة مادة ١٦٣ مـدني لا يعني حـتما مخالفته لفكرة النظام العـام . فلو حـدد القـانون الاجنبي سن الرشـد بأقل او بأكـثـر مـا تقرره القاعدة الخاصة بذلك في القانون الوطني فأنه يبقى واجب التطبيق رغم ان المسألة تتـعلق بقـانون آمـر في العـلاقـات الداخليـة ، ولكن مـتى مـا كان الحكم الاجنبي يتعارض مع السياسة التشريعية في الاردن فان هذا قد يستتبع بظهور فكرة النظام العـام ويتم عندها التطابق بين نطاق فكرة النظام العـام في المجـال الداخلي والنظام العام الدولي .

وقـد يـكـون الـنـظام العـام الدولي و الداخلي لدولة من الدول هو ذاته في دولة اخـرى او في عدة دول الا ان هذا لا يعني وجود نظام عام مشترك لجميع الدول في جميع المسـائل لان مثل هذا لم يظهر لحيز الوجود بعد وما تزال فكرة النظام العام نسـبـية ومتغيرة بتغير الزمان والمكان (١) ، فما هـو محـرم في بـلد او في وقت من الاوقـات قـد يصـبح مباحا في بلد اخر او حتى في البلد الواحد نفسه ولكن في زمن اخر (٢) فالطلاق مثلا كان يعتبر مخالفاً للنظام العام في فرنسا ويمنعه القانون حتى عام ١٨٨٤ ثم اجـازه . ولا يقـتصر اخـتلاف مفهوم النظام العام باختلاف الزمان فـحـسب بل يختلف بأخـتـلاف المكان ايضاً. فبيع التركات المستقبلة يعتبر مخالفا للنظام العام في الاردن وهو لا يعتبر كذلك في سويسرا .

ومن هنا تبـدو الصعوبة في ضبط فكرة النظام العام . وكل المحاولات التي بذلت لتقسيم القوانين الى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به وكذلك الجهود التي بذلت لضـبط دائرة النظام العام باءت جميعها بالفشل . ويبقى الامر متروكا للقاضي وهو يتـمـتع فيه بسلطة تقديرية واسعة ينظر في كل واقعة تعرض عليه ما اذا كان حكم القانون الاجنبي فيها يتعارض مع النظام العام في دولته او لا يتعارض معه .

---

١ ـ السنهوري ، الوسيط ، ص٤٠١ ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ١٥٨ و ٤٩١ .
٢ ـ دكتور عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، بغداد : ١٩٦٠ ، ص١٧٨ .

ولكن ما هي اللحظة التي يجب ان يحدد القاضي فيها مفهوم النظام العام أيرجع فيها الى وقت نشوء العلاقة ام الى وقت رفع النزاع ام الى وقت صدور الحكم ؟

يتـجـه الفـقـه والقـضاء الى وجوب تقيد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولتـه في الوقت الذي يصدر فيه حكمه لانه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الاجنبي . ومـتى كـان ذلك القـانون في وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه ان يمتنع عن العمل به[1] .

وبقي ان نتـساءل حسب اي مفهوم يقدر القاضي مخالفة القانون الاجنبي لفكرة النظام العام.

إن الاعتراف للقـاضي بسلطة تحـديد مـفـهـوم فكرة النظام العام لا يعني ان في مـقـدوره ان يفـرض ، في هذا المجـال ، نظرته الشخصية للامور بل يجب عليه ان يتـقـيـد في تقديره للنظام العام بالافكار السائدة في مجتمعه والمتمشية مع مصالح امته . ولهذا فان تقدير القاضي في تحقق متطلبات النظام العام يعتبر مسألة قانونية ومن ثم يخضع لرقابة المحاكم العليا[2] .

أوجه الشبه بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي :

يكون كل من النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي (النظام العام الدولي) والنظام العـام في القـانون الداخلي بالنسـبـة لكل دولة هو ذات النظام العام فيها ، فـهما يهدفان الى صيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة ومع ذلك فان في الامكان إن نجد بعض الاختلافات التي تميز احدهما عن الاخر .

---

١ ـ كـان القانون الفرنسي قبل سنة ١٩٢٣ يشترط لإمكان التـبني ان يكون المتـبني قد ادرك ٥٠ سنة ، وفي سنة ١٩٢٣ أجـاز لمن هو في سن الاربعين ان يتـبنى ، وبعـد هذا التعديل طرحت قـضـية تبني تمت قبل سنة ١٩٢٣ من أجنبي لم يدرك الخـمـسين سنة . فـذهب القـضـاء الفـرنسي الى عـدم تعـارض القـانون الاجنبي مع فكرة النظام العـام وعبرت المحكمة عن ذلك بقـولها «ان تحـديد مـعنى النظام العام يتوقف الى حد كبير على الرأي السائد في كل لحظة في فرنسا» . راجع دكتور جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦١ ، هامش ص٥٦٨ .

٢ ـ دكـتـور عـز الدين عـبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٧٢ ، ص٥٤٤ «جـاء في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢ ص٢٢٣ ان على القاضي ان يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة باسرها لا مذهباً خاصاً به» .

فهما متشابهان ويشتركان في : -

١ - ان هدفهما واحد هو حماية المجتمع ومصالحه العليا .

٢ - ان التمسك بكل منهما يكون داخل الدولة .

٣ - ان الاعتراض بهما يكون بنفس الشكل امام المحكمة المرفوع امامها النزاع وعن طريق الدفع بالنظام العام . ويحرك عادة من قبل المدعى عليه ويحق للقاضي ان يتمسك به من تلقاء نفسه ، ويجوز اثارة الدفع بالنظام العام الداخلي والدولي في اية مرحلة من مراحل الدعوى . وليس في مقدور اطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عن التمسك به .

ومع اوجه الشبه هذه فإن بالامكان ان نميز بينهما فيما يلي .

١ - من حيث الاعتراض : يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها ، اما الدفع بالنظام العام الدولي فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي .

٢ - من حيث الاثار : يترتب على الاخذ بالنظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض وفكرة النظام العام الداخلي وكما هو مقرر في المادة (١٦٣/ ١) من القانون المدني حيث تنص «يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفاً للنظام العام او الآداب والا كان العقد باطلاً» ، في حين ان الاخذ بالنظام العام الدولي لا يؤدي الى بطلان التصرف وانما يرتب اثرا في تغير القانون الذي يحكم التصرف اذ يستبدل القانون المختص المخالف للنظام العام بقانون اخر . وهذا ما تقرره المادة ٢٩ مدني بقولها «لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الاداب في المملكة الاردنية الهاشمية» .

٣ - من حيث الوظيفة : رغم أن هدفهما واحد وهو حماية المصالح العليا للمجتمع إلا ان وظيفتهما مختلفة . فالنظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون الخروج الارادي عن احكام القواعد الامرة ، بينما تستخدم فكرة النظام العام

الدولي لمنع تطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت قواعد الاسناد باختصاصه . فهي اداة لاستبعاد القانون الاجنبي بصفة استثنائية ويترتب على هذا الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام وجوب اعمالها في اضيق نطاق لتقليص مجال استبعاد القانون الاجنبي وقصرها على تلك الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الاجنبي مصلحة اساسية لحياة المجتمع بحيث لا يجوز تضحيتها . ومتى ما وجد القاضي ان هذه المصلحة تفقد اهميتها في العلاقات الدولية حق له التغاضي عنها وعمل بأحكام القانون الاجنبي المختص . فشرط الوفاء بالذهب يعتبر باطلا في العقود الوطنية لمخالفته لقاعدة امرة تقضي بوجوب التعامل بالعملة الوطنية ولان الخروج عنها يؤدي الى اضعاف الثقة بالعملة الوطنية . اما في مجال العلاقات الدولية فان توافر ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين ابناء الدول المختلفة دون ان يؤدي ذلك الى اضعاف الثقة بالعملة الوطنية . ولهذا فليس هناك ما يدعوا الى استبعاد القانون الاجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب[1] .

وكذلك فان تحديد سن الرشد يعتبر من النظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافة ومع ذلك فان تحديد سن الرشد بالقانون الأجنبي باقل او اكثر مما في القانون الوطني لا يصطدم بالنظام العام ويجوز اعماله في العلاقات الدولية .

آثار النظام العام :

ومما تقدم نتوصل الى النتجية الآتية وهي ان النظام العام يرتب اثرا في منع تطبيق الاحكام الموضوعية للقانون الاجنبي الذي يختلف ومفاهيم النظام العام للبلد المراد تطبيق القانون فيه . والوقوف عند هذا الاثر والاكتفاء به يؤدي الى عدم

١ ـ راجع دكتور محسن شفيق ـ مذكرات التحكيم التجاري الدولي ـ جامعة القاهرة ، ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤ ، ص٣٥ . دكتور هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ١٩٧٤ ، ص٣١٧ ، دكتور فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد ـ الوسيط في القانون الخاص ـ ١٩٧٤ ، ص١٩٦ ، ومجلة دالوز الفرنسية ١٩٥١ ، ص٧٤٩ .

فض النزاع وفق القـانون المختص . وعدم تعيين قانون اخر يحل محله يعتبر انكارا للعـدالة لا يمكن قـبـوله ، ولتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القـانون المسـتـبـعد . فيعقب الاثر السلبي المتمثل باستبعاد القانون الاجنبي وتعطيله اثر ايجابي وهو ابدال قـواعـد القانون الاجنبي بقواعد اخرى تحكم النزاع وتصبح مختصة بدلا من القانون السابق . فلأي قانون يعطي الاختصاص؟

يتـجـه القـضـاء الالماني الى البـقـاء في دائرة القـانون الاجنبي والعمل على عدم الخـروج عنه كليـا . اذ ان الاخـتـصـاص في الاصل للقانون الاجنبي . وعدم العمل بحكم القانون الاجنبي لم يكن الا بسبب تعارضه مع قواعد النظام العام للبلد الذي يراد تطبـيـقـه فـيه . وهذا التعارض وحده لا يبرر الابتعاد كليا عن نطاق القانون المخـتص ، بل يكفي ان يسـتـبعد تطبيقه بأقل قدر ممكن عن طريق تنحية القاعدة التي تتـعـارض مع فكرة النظام العـام وتطبـيق قـاعدة تقاربها من قواعد القانون المسـتبعد نفسـها ، وفي حالة خلو القانون المستبعد من قاعدة تقاربها يتولى القاضي تعـديل القواعد المستبعدة بشكل يجعلها ملائمة للنظام العام للبلد الذي يراد تطبيق القانون الاجنبي فيه[١] .

ان الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى توسيع سلطة القاضي وتقريبها من سلطة المشرع واعطائه سلطة تحكمـيـة واسـعة لا يمكن قبولها . لهذا فان المفضل والمتبع بصورة عـامـة هو ان يستتبع استبعاد القانون الاجنبي بإحلال الاحكام الموضوعية لقانون القاضي [٢] . ويقـتصر عـدم تطبيق القانون الاجنبي على تلك الاحكام التي تتعارض والنظام العـام الداخلي فقط . فلو كان قانون جنسية المورث الاجنبي يعتبر اختلاف

---

١ ـ راجع في ذلك القـانون الدولي الخاص-Wengler, Les Tyan Cours P. 187 Prinicipes generaux de D.I.P. C.52 - 601 .

٢ ـ هذا ما صرحت به نصوص قوانين بعض الدول كالمادة ٧٣ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ اذ نصت على انه «لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص الواردة في هذا البـاب ، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت ، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي» ، راجع مؤلفنا المذكور .

اللون مانعا من موانع الميراث فمثل هذا الحكم لا يمكن تطبيقه في الاردن لتعارضه مع النظام العام ويطبق بدلا عنه الاحكام الموضوعية للقانون الاردني المتعلقة بموانع الميراث وهي تجيز التوارث بين مختلفي اللون . فتعتبره وارثا ثم يقدر نصيبه من الميراث بما هو مقدر له من نصيب باعتبار درجته حسب قانون جنسيته ، لا بمقتضى القانون الاردني . وهكذا فان النظام العام لا يعطل جميع احكام القانون الاجنبي المختص وانما يعطل الاحكام التي تتعارض واياه فقط ، ويحل محلها الاحكام التي تقابلها من قانون القاضي ، ويظهر بهذا الاستبدال الاثر الايجابي للنظام العام . ومع ذلك قد يظهر الاثر السلبي بصورة منفردة كما لو كانت قواعد القانون الاجنبي المختص تجيز الاعتراف بولد الزنا ويمنع القانون الوطني ذلك . فتنحية الاحكام المنظمة لمسألة الاعتراف بولد الزنا لتعارضها مع النظام العام لا تلحق بتطبيق القواعد الوطنية اذا ماخلا القانون الوطني من مثل هذا النظام بل يكتفي القاضي بعدم تطبيق ذلك القانون دون ان يعقب ذلك تطبيق قواعد وطنية تحل محل القواعد المستبعدة لتحكم موضوع الاعتراف بولد الزنا الذي يجهله القانون الوطني ولم يقبل مشرعه تنظيمه . ويظهر الاثر السلبي بصورة منفردة ايضا وبشكل اوضح في موضوع احترام الحقوق المكتسبة ، حيث ان استبعاد القانون الاجنبي الذي اكتسب الحق بمقتضاه ، بسبب تعارضه مع النظام العام للبلد الذي يراد تنفيذ الحكم فيه لا يؤدي الى استبدال ذلك القانون بالقانون الوطني بل ان مهمة النظام العام تنحصر في منع تنفيذ الحكم المستند لقانون مخالف للنظام العام .

وفي غير ما تقدم فان الاثر السلبي يستتبع باثر ايجابي ، اي ان رفض تطبيق القانون الاجنبي يؤدي الى حكم العلاقة بالقانون الوطني . فلو كان القانون الاجنبي يرفض النفقة الى بعض الاقارب ، وكان القانون الوطني يعترف بها لهم ويعتبر القواعد المنظمة لهذا الحق من النظام العام ، لوجب عندئذ على القاضي استبعاد القانون الاجنبي المختص والعمل بما ورد بقانونه بتعيين النفقة لهم بمقتضاه . وبهذا يكون الاثر الايجابي قد لحق بالاثر السلبي وطبق القانون

الوطني بدلا من القانون الاجنبي الذي لا تتفق قواعده مع النظام العام للبلد الذي يراد تطبيقه فيه .

نخلص من كل ذلك الى القول بأن الاثر الايجابي للنظام العام ممكن الظهور بعد اثره السلبي ولكنه لا يظهر بصورة منفردة ودون ان يسبق بالاثر السلبي في حين يمكن ان يظهر الاثر السلبي لحالة وبصورة منفردة .

ويرى بعض الشراح (١) ان استبعاد القانون الاجنبي يستتبع دائما احلال قانون القاضي محله . فامتناع القاضي عن تطبيق القواعد الاجنبية التي تجيز الاعتراف بولد الزنا ما هو الا تطبيق لقواعد قانونه الذي يمنع مثل هذا الاعتراف .

تلطيف مفعول النظام العام عند التمسك بحق اكتسب في الخارج :

يميز الفقه والقضاء بين دور النظام العام عند انشاء الحق في بلد ما ودروه عند التمسك بحق اكتسب في خارج البلد .

ويميل الاتجاه الحديث الى احترام اثار الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون الاجنبي المختص حسبما هو مقرر في قواعد الاسناد الوطنية ، حتى ولو كان القانون الوطني لا يسمح في انشاء مثل هذا الحق لتعارضه مع النظام العام . فمن طلق زوجته عملا بأحكام قانون جنسيته الذي يجيز له ايقاع الطلاق تنتهي علاقته الزوجية بالطلاق ، على الرغم من ان النظام العام في مثل هذا البلد يمنع ايقاع الطلاق لاي شخص حتى ولو كان أجنبياً يقر له قانونه المختص ذلك . ولكن متى ما أوقع الطلاق في الخارج فيكون قد اكتسب حقا واقتصر الامر على التمسك باثاره فان الاكثرية لا تمانع ، في اغلب الاحيان ، من الاعتراف به ولا يواجه بتحريك الدفع بالنظام العام ضده تسليما بالامر الواقع المستقر .

وقد كان الاتجاه السابق للمحاكم الانكليزية منصباً على عدم الاعتراف بنظام

---

١ - انظر باتيفول ١٩٥٩ ص٤١٩ ، د.عز الدين عبدالله - القانون الدولي الخاص - ١٩٧٢ ص٥٤٧ .

تعـدد الزوجـات وباثاره لمخـالفـته للنظام العام . وعبر عنه احد القضاة بأنه زواج مـزيَف . وأدى انكار الاعتراف بنظام تعـدد الزوجات الى اعتبار الكثير من الزيجات وبـنوتهن غير شرعـيـة ، رغم ان هذا النظام مـعترف به في ارجـاء شـاسـعـة من الكمنولث البريطاني . وامـر كـهـذا لا يتـفق مع ما تقتضيه العدالة ولا ينسجم مع مـتطلبـات الحـيـاة الحديثة وما قد تجر الى لقاء واتصال متزايدين بين ابناء الدول المختلفة . ولهذا اضطرت المحاكم الانكليزية حديثا الى تغيير اتجاهها بتلطيف مفهوم النظام العـام والتـمـييز بين الحق في الزواج باكثر من واحدة وبين اثار هذا الزواج. فـهم لا يجيـزون انشــاء مـثل هذا الزواج ولا يعترفون بهذا النظام في انكلتره ، الا انهم في الوقت ذاته يعترفون باثاره كلما نشأ خارجها وبمقتضى نظام اجنبي يقره كما اعترفـوا بشرعـيـة الاولاد المولودين عن عـلاقـات زوجـية يباح فيها التعدد [١] وبـحـق اولاد مـثــل هذه الزيجـات في ارث والدهم[٢] وبـحق الزوجـات في ارث ازواجهن [٣] .

ويجدر بنا ان نوضح بأن الاعتراف بالحـقـوق المكتـسبة في الخارج ، ما هو الا تلطيف لمفـعـول النظام العام ولا يعني بأي حال استبعاداً كليا لفكرة الدفع بالنظام العـام في جميع الاحـوال بالنسبة لاي حق اكتسب في الخارج ، وعلى هذا فان هناك حـالات اخـرى لم يقـبل فيها التمسك باثار الحق المكتسب في الخارج ، فقد رفض احترام الحق المكتـسب في الخـارج كلما كـان لا يتـفق مع النظام العـام للدولة وله اخطاره المفرطة بحيث يظهر بحد ذاته متضمنا اعتداء على نظامها العام . وبناء على ذلك فلم تجـز المحاكم الفرنسية مثلا التمسك بحق ملكية اموال منقولة اكتسبت في الخـارج عن طريق المصـادرة وبدون تعـويض المالك عنهـا ورفض العـمل بقانون

---

١ ـ راجع د. رياض القـيسي ـ المرونة والجـمـود في القـانون الدولي الخاص وعلاقة ذلك بمفهوم القانون الملائم ـ ١٩٦٦ ص٣٧٣ ، وقضية :

Sinha Perrage Clain 1946. Aller. 348N
Bangbose V. Danial 1955 C. 107 .

٢ ـ نفس المرجع .

٣ ـ نفس المرجع Dicey تنازع القوانين .

الدولة التي قامت بالمصادرة . وليس هناك معيار يحدد لنا ، على وجه الدقة ، الحالات التي يحترم فيها الحق المكتسب في الخارج مع مخالفته للنظام العام والحالات التي يفضل فيها التمسك بالنظام العام فهي مسألة تقديرية تختلف حسب تقدير السلطة التي اثير امامها الحق المكتسب وحسب متانة الحق وخطورة اثاره . وتختلف باختلاف الزمان . فإنتشار التأميم في الوقت الحاضر قد يغير مفهوم القضاء والفقه مما يجلعهما يقران الحقوق المكتسبة في الخارج حتى ولو كان التعويض فيه تعويضا مناسبا ومؤجلا لا عادلا ومسبقاً[1] .

الدفع بالنظام العام ضد القانون الاجنبي الواجب التطبيق باتفاق دولي :

قد تتفق دولتان او اكثر على قواعد اسناد معينة يحدد بمقتضاها الاختصاص القانوني ويتضح عند العمل بهذا الاتفاق من قبل احدى الدول المطبقة له ان القانون الذي عينته قواعد الاسناد المتفق عليها ، والمراد تطبيقه ، مخالف للنظام العام الداخلي لتلك الدولة ، وان المعاهدة خالية من نص يشترط فيه ان نفاذها يتوقف على عدم معارضتها للنظام العام . فهل يطبق القاضي القانون الاجنبي على علاته متمسكا بأحكام المعاهدة ام يحق له الامتناع عن الاخذ بذلك القانون مفضلا التقيد بفكرة النظام العام ؟

يرى الشراح [2] ان وجود اساس الدفع بالنظام العام يجيز التمسك له حتى لو كان القانون الاجنبي واجب التطبيق بمقتضى معاهدة دولية . وان ارتباط الدولة مع غيرها من الدول في اتفاقية من هذا النوع لا يعني اقرارها جميع تشريعات تلك الدولة القائمة منها واللاحقة حتى تلك التي تختلف اختلافا اساسيا مع المفاهيم القانونية .

---

١ ـ انظر في هذا مذكرات دكتور ماجد الحلواني ـ كويت ، سنة ١٩٧٠ ص٧٧ .
٢ ـ Batiffol 1959 , p . 418

المبحث الثاني

التحايل على القانون

الغش نحو القانون

المانع الآخر من موانع تطبيق القانون الاجنبي ، هو الغش نحو القانون او التحايل على القانون . ويتم التحايل بتغيير ظرف الاسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون لاخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص اصلا .

فاذا كان قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيلجأ الراغب بالزواج من ثانية الى تغيير جنسيته (ظرف الاسناد) والحصول على جنسية دولة اخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات ، ويتزوج مستفيدا من قانون جنسيته الجديد . إذ لا يخفى بان المشرع وهو يضع القواعد القانونية موضوعية كانت او قواعد اسناد فإنه يجعل منها قواعد تفسيرية واخرى امرة حسب ماتتطلبه مقتضيات العدالة والمصلحة العامة والدولية .

وان جعل بعض القواعد امرة قد لا يتفق مع المصلحة الخاصة لافراد معينين لذلك يعمل مثل هؤلاء على تجنبها عن طريق التحايل على القانون الدولي ولا يقتصر الغش نحو القانون على قواعد القانون الدولي ، بل هو عام يمكن ان يظهر في جميع فروع القانون كنتيجة حتمية للصراع بين حرية الافراد في ترتيب علاقاتهم والاحكام القانونية الامرة التي تخالف مصالحهم الخاصة .

ويتم الغش نحو القانون في القانون الداخلي بمحاولة استبعاد الوصف القانونى لوضع او عمل واحلال وصف اخر مكانة يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه الا انه يرمي الى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص اخر من قانون الدولة نفسها كما لو منع القانون بيع مال معين فيلتجيء الافراد إلى وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالايجار الطويل . وكوصف البائع بيع عقاره بالهبة للحيلولة دون تمسك الجار بحق الشفعة .

اما في القانون الدولي الخاص فيبقى وصف العلاقة ذاته ويتم الغش نحو القانون بتغيير بعض عناصر العلاقة القانونية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق .

فالغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص عبارة عن تدبير ارادي لوسائل تؤدي الى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة اخرى اكثر تحقيقا للتنائج المتوخاة . ويعتمد ذوو المصلحة في ذلك الى تغيير عناصر لعلاقة القانونية لانشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون اخر .

حيث ان قواعد الاسناد ترتكز على ظروف خاصة بالاسناد (كالجنسية والموطن ومحل وجود المال ومحل ابرام التصرف) يتم بمقتضاها ربط العلاقة بقانون دولة من الدول ، وهذه الظروف كثيرا ما يكون في مقدور اطراف العلاقة تغييرها . وهم قد يلجأون الى هذه المكنة ليتسنى لهم اخراج العلاقة من اختصاص قانون دولة واخضاعها لقانون دولة اخرى بممارسة حريتهم في تغيير ظروف الاسناد هذه كتغيير جنسية الشخص او موطنه او محل ابرام العقد وما يتبع ذلك من تغيير في الاختِصاص القانوني .

فمن اجل تحقيق رغبة شخص ما يروم ايقاع الطلاق والزواج من اخرى رغم ان قانون جنسيته لا يجيز الطلاق والتطليق ، يلجأ هذا الى تغيير جنسيه والحصول على جنسية دولة اخر يبيح قانونها الطلاق لتحكم احواله الشخصية بقانون جنسيته الجديد كي يستطيع ايقاع الطلاق وفقا للقانون الجديد والزواج مرة اخرى . ومن ثم يعود لبلده مع زوجته الجديدة ويطلب الرجوع لجنسيته الاولى كما تم في قضية الاميرة دي بوفرمن(١) .

---

١ ـ فى قضية الاميرة دي بوفرمون De Bauffrement البلجيكية الاصل التى ارادت الحصول على التطليق من زوجها الفرنسى ولم يسعفها القانون الفرنسى المختص، اضطرت الى التجنس بجنسية اخرى يسمح قانونها لها بالحصول على التطليق. وبعد التطليق تزوجت من اخر واقامت فى فرنسا. طلب زوجها الاول بطلان التطليق وبالتالى الزواج الثانى. استجابت المحكمة لطلبه وبنت حكمها على ان تغيير الجنسية انما تم بقصد الغش.

واذا مـا رغب ذوو المصلحة فى التهرب من النصوص الامرة الخاصة بعقد انشاء شركـة فـانهم يعـمـدون الى تغـيير مـوطنهم واخـتيار اخر غيره تتحقق فى قانونه التـسـهيلات المرغوبة ليمضوا ذلك العقد وفقا للشكل المقرر فيه تمشيا مع القاعدة التى تقضي بأن العـقد القانوني يخضع من ناحية الشكل لقانون البلد الذى انشىء فيه التصرف القانونى.

وقـد يعمد الافراد للتخلص من الشروط الموضوعية للقانون المختص بان ينصوا فى العقد نفسه على اخضاعه لقانون اخر لا يمت الى العقد بصلة .

وفي جميع مـا تقدم يمارس الافراد حقاً منحهم اياه القانون وهو حقهم في تغيير ظروف الاسناد ، وحق الافـراد هذا ، كـجـمـيع الحقوق ، له حدوده المثبة بالهدف الذي يمـوجـبـه اعترف به القانون وكل تطاول على ما رسمته هذه الحدود يعتبر خروجا عن ذلك الحق او اساءة في استعماله .

فاعتراف القانون للافراد بحق تغيير جنسيتهم يقصد منه اشباع رغبة مشروعة وهي الانضمام ، بصورة صادقة ، الى جماعة اخرى وقبول النتائج التي تترتب عن هذا الوضـع الجـديد . فـيلحق تغـيير الجنسـيـة مـثلا تغيير في القانون الذي يحكم الاحـوال الشخصية ، في حين ان النتيجة اللاحقة في الغش نحو القانون وهي تغير الاختصاص القانوني تصبح السبب الاساسي لتغيير ظروف الاسناد .

فـلا يكون تغيير الجنسية مطلوبا لذاته وانما بهدف التوصل الى اخضاع العلاقة القـانونية الى قانون اخر غير الذي اشارت اليه قواعد الاسناد . ولذلك تضطر بعض الدول في مـثل هذه الاحـوال الى مـقـاومـة التـحـايل على قوانينها الامرة عن طريق رفض تطبـيق القـانون الاجنبي الذي اعطي الاخـتـصـاص بصـورة اصطناعـية ، وتطبيق القانون المختص أصلاً .

وهكذا يشترك الغش نحـو القـانون مع النظام العـام في استبعاد تطبيق القانون الاجنبي ، مما دعى الفـقـيـه بارتان الى اعـتباره حالة خاصة منه وعدم دراسته في

موضوع منفرد (١) ويتجه الرأي السائد الى تخصيص كل منهما بدراسة منفصلة لان اشتراكهما في التوصل الى نتيجة معينة وهي استبعاد القانون الاجنبي لا يعني تشابههما في جميع النواحي ، فهما يختلفان من حيث الاسس لان اساس الاخذ بفكرة النظام العام هو استبعاد القوانين الاجنبية لعدم إتفاقها والمفاهيم العامة للبلد الذي يراد تطبيقها فيه فهي قوانين مختصة تشير قواعد الاسناد الوطنية إلى الأخذ بها ، ولا يعمل بها لمخالفتها لفكرة النظام العام . في حين إن استبعاد القانون الاجنبي في حالة الغش نحو القانون يقوم على أساس اخر هو الحد من ارادة الافراد التي تسيء استعمال الحق الذي منحها اياه القانون ، ومنعها من تبديل ظروف الاسناد لاصطناع الاختصاص (٢) . ويختلفان ايضا من حيث مجال اعمالهما . فالتمسك بالنظام العام يظهر بصورة رئيسية وقت انشاء العلاقات او المراكز القانونية ، اما تلك التي تم انشاؤها في دولة اخرى غير دولة القاضي فإن مفعول النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي قد ينعدم او يخفف وهذا ما اطلق عليه (تلطيف مفعول النظام العام) . وعلى خلاف ذلك فان مجال العمل بالغش نحو القانون يكون وقت الاحتجاج بالمراكز القانونية لا وقت انشائها[٣] .

تقدير نظرية الغش نحو القانون :

لاقت نظرية الغش نحو القانون قبولا وترحيبا من بعض الشراح وكانت موضع اهتمام ودرس منذ زمن المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر و ناصرها بعد ذلك عدد غير قليل . ولكن الذين ناصروها وتحمسوا للأخذ بها لم يتفقوا فيما

---

١ ـ Bartin الجزء الاول رقم ٩٩ ص٢٦٢ Niboyet . الجزء الثالث رقم ١٠٤٩ .

٢ ـ Niboyet الجزء الثالث ص٦٣٥ . دكتور عز الدين عبدالله ـ القانون الدولي الخاص ـ سنة ١٩٧٢ ، ص٥٧٠ وفي رأي آخر الغش ما هو الا تطبيق لمبدأ عام مفاده «الغش يفسد كل امر» راجع تفصيل ذلك هشام علي صادق المذكور ص ٣٦٣ .

٣ ـ د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد ـ القانون الدولي الخاص ـ دار النهضة ، القاهرة : ١٩٧٤ ، ص٢٢٧ .

بينهم على مـدى نطاق تطبـيـقـها . فمنهم من دعا الى تعميمها ومنهم من ذهب الى قصر مجال العمل بها على بعض التصرفات .

كما لاقت هذه النظرية مـقاومة شديدة ، فظهر من يعارض الاخذ بها ويدعو الى وجـوب تطبـيق القـانون الذي اصبح مختصا على اثر تغيير ظروف الاسناد ،دون النظر في البـاعث الذي دفع الافراد الى تغييره . وقد اعتمد كل من الفريقين على أدلة خاصة به . فعزز معارضو هذه النظرية رأيهم بالحجج الاتية :

١ - يـتـحـقـق الـغش نحـو القـانون عندمـا يراد من تغـيير ظروف الاسناد نقل الاخـتصاص من قانون الى اخر . ولا يتحقق الغش نحو القانون اذا كان تغيير ظروف الاسناد تصرفـا مـقـصوداً بحد ذاته ولم يكن انتقال الاختصاص من قـانون الى اخـر إلا نتيجة له . والقول بوجود غش نحو القانون يستلزم بحث نيـة فـاعله للتأكـد من وجـوده . وتواجـه هذا البحث عقبات صعبة لان النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحري ما في الضمائر . وعمل كهذا ان لم يكن مـسـتـحيلا فهو ليس بالهين اليسير . أضف إلى ذلك ان امر تقدير نية الغش لا يخلو من خطر كبير . اذ قد يسيء القاضي استعمال سلطته او قد يخطىء في استخلاص هذه النية .

لذلك يعـارض البـعض هذه النظرية ويرون عـدم الاخـذ بها كمانع من موانع تطبـيق القـانون الاجنبي ويدعـون الى الاكـتـفاء بالمظاهر الخارجية والاعتماد عليـهـا ، والمظاهر الخـارجـية للتصرف لا تدل على الغش والأصل في الانسان حسن النية .

٢ - لو سلم جـدلا بأن اكتشاف نية الغش سهل وميسور ، فإن هذا في حد ذاته لا يبرر الاخـذ بنظرية الغش نحـو القانون ، ذلك لان نية الغش قد تتوفر في أحد أطراف العـلاقـة دون الطرف الاخـر ، وابطال الاخـتـصـاص القانوني ونقله لقـانون اخر - أخذاً بنظرية الغش - سيؤدي الى الاضرار بالطرف الحسن النية وهذا ما يتنافى مع العدالة .

٣ ـ ان المشرع قد اخضع تصرف من تتحقق فيه ظروف معينة (جنسية، موطن ... الخ) لاختصاص قانون معين وسمح له الوقت ذاته ان يغير هذه الظروف . وعليه فان من يغير ظروف الاسناد بغية اخضاع تصرفه لقانون ما لا يكون تصرفه بحد ذاته جريمة وانما يكون استعمالا لحق منحه القانون. وما دام القانون يعطيه هذا الحق فلم يبق ما يدعو لمؤاخذته على تصرفه بحجة الغش نحو القانون .

وعلى الرغم من الحجج السالفة الذكر فإن مؤيدي الأخذ بهذه النظرية ردوا بما يأتي :

١ ـ لا شك ان التحقق من القصد في الغش صعب جداً الا انه ليس بالمستحيل، وعلى القاضي ان يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد ولا يحتج بصعوبة معرفة القصد في الغش لعدم الاخذ بفكرة الغش نحو القانون لان الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة، فسمح القانون للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت الى ارتكاب الجريمة في الامور الجزائية في المسؤولية الجنائية وكذلك بالاخذ بالنية في المسائل المدنية فنظرية السبب تقوم اساسا على نيات المتعاقدين[1] .

واحتمال حدوث شيء من التحكم والتعسف من جانب محكمة الموضوع في تقديها لنية الغش يمكن الحد منه الى اضيق نطاق ممكن عن طريق رقابة محكمة التمييز، لا لنية الغش، بل للأثر الذي يترتب عن نية الغش وذلك في تقديرها ما اذا كان وجود الاثر يشكل مخالفة غير مباشرة للقانون أم لا[2] .

١ ـ فالبيع والايجار الوارد على منزل يريد المشتري او المستأجر ادارته للعهارة وكان البائع والمؤجر عالماً بنية المشتري والمستأجر، يكون باطلاً، د. عبد الرزاق السنهوري ـ الوجيز (١) سنة ١٩٦٦ ، ص ١٧٥ .

٢ ـ راجع في ذلك عز الدين عبدالله ـ القانون الدولي الخاص المصري ـ المذكور ص ٥٦٣ (كان من المعقول ان تمتد رقابة هذه المحكمة إلى مسألة الاثر الذي يترتب على هذا الباعث، فاذا ما استخلص قاضي الموضوع من ظروف الدعوى ان شخصاً غير جنسيته لمجرد تجنب الحكم الآمر المانع من التطليق الوارد بقانون جنسيته الاول ليتمكن من التطليق وفقاً لقانون جنسيته الجديدة كان هذا الذي استخلصه القاضي بعيداً عن رقابة محكمة النقض، أما كون تغيير الجنسية كان بقصد التمكن من التطليق يعتبر مخالفة غير مباشرة للقانون وبعبارة اخرى يعتبر غشاً نحو القانون ام لا يعتبر كذلك فهو امر يخضع للرقابة هذه المحكمة) .

وبالاضافة الى ذلك فان النظام العام كالغش نحو القانون يعطى القاضى سلطة تحكمية فى تقدير ما اذا كان القانون الاجنبى يخالف النظام العام ام لا. ومع ذلك لم يحتج بها (السلطة التحكمية) لمنع الاخذ بالنظام العام .

٢ ـ ان عدم الاخذ بنية الغش القانون يعتبر حسب قول والترفيليمور (فى مؤتمر جمعية القانون الدولى الذى عقد فى جلاسكو سنة ١٩٠١ [١]) امتيازا للاغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد الى اخر لاجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين اقل شدة من تلك التى يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الاسناد.

٣ ـ ويرد على الحجة القائلة ، بأن القانون ذاته قد اجاز لمن تتوفر فيه ظروف معينة(جنسية، موطن ....الخ) ان يجرى تصرفا قانونيا يخضع للقانون الذى يتعين بمقتضى ظرف الاسناد بأن مثل هذا الحق ما اعطى الا للضرورة التى يوجد فيها الشخص فى مثل تلك الظروف. ومثل هذه الضرورة منتفية بالنسبة لمن يغيرون جنسياتهم او مواطنهم لغرض التخلص من القوانين الامرة والناهية. وهؤلاء باستعمالهم حق تتغير ظروف الاسناد يستخدمون وسيلة مشروعة بقصد الوصول بها الى غاية غير مشروعة [٢].

وبناء على ما تقدم فقد غلب انصار هذه النظرية معارضيها فاقرتها المؤتمرات الدولية واخذت بها المحاكم فى دول كثيرة [٣] واصبحت هذه النظرية من مبادىء

---

١ ـ راجع ، وشاحي ، القانون الدولي الخاص في العراق ، ص١٩٢ .

٢ ـ دكتور عز الدين عبدلله وهامشه فى الصفحة ٤٠٨.

٣ ـ ويبدو ان المحاكم العراقية عملت بهذا فى نطاق العلاقات الوطنية، راجع قرار محكمة التميز الصادر من الهيئة العامة فى ١٩٥١/١٢/٣١ اضبارة رقم ٧ قضية ١٩٥١. فقد قررت رد دعوى التميز المتضمنة طلب الحكم له بابطال نفقة مطلقته المسيحية، مستندة فى ذلك الى انه اعتنق الدين الاسلامى بعد استحصال الزوجة حكما عليه بالنفقة، واعتبرت اعتناق الدين الاسلامى لا يخلو من احتمال كونه بقصد التهرب من النفقة.
والى خلاف هذا الرأي ذهبت محمة النقض المصرية واستقرت على ان اعتناق الاسلام ينتج اثره كاملا ولا يمكن ان يحتج عليه بفكرة التحايل على القانون لان اصول الاسلام لا تجيز الشك فى نية من اعلن اسلامه استنادا الى الاية الكريمة (ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا). راجع بهذا الدكتور احمد مسلم ـ موجز القانون الدولى الخاص المقارن ـ ص٢٠٢.

القـانون الدولى الخـاص، ويمكن. الاخـذ بها فى الأردن اسـتنادا الى المادة (٢٥) من القانون المدنى، التى تقضى بلزوم اتباع مبادىء القانون الدولى الخاص فيم لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة فى احوال تنازع القوانين.

نطاق نظرية الغش نحو القانون :

بعـد شـيـوع نظرية الغش نحو القانون والعمل بها دولياً ، يقتضي الوقوف على نطاق تطبيق هذه النظرية التي لم يتفق انصارها على مدى تطبيقها .

فـمنهم من يرى الاخـذ بها بصـورة عـامة بالنسبة لجميع التصرفات القانونية وبالنسـبـة لقـوانين جميع الدول. ومنهم من يريد تطبيقها تطبيقا ضيقا من ناحية الموضـوع الذى يمكن ان يظهـر فـيـه الغش ومن ناحـيـة القانون الذى يقع الغش ضده.

فـبـالنسـبة للموضوع الذى يمكن ان تجد هذه النظرية مجالا للتطبيق ، فيدعو المطالبون بالتطبيق الضيق قصر ذلك على بعض العلاقات القانونية كالمسائل المتعلقة بشكل التصرف والطلاق والانفصال الجسمانى.

امـا بالنسـبة للقانون الذى يمكن ان يرتكب الغش ضده فيرى هؤلاء قصره على القـانون الوطنى للقـاضى المرفـوع امامه النزاع. فالغش الذى يبعد قانون القاضـى من اخـتصاصه يجب ان ينال جزاءه بابطال الاختصاص الناتج عن الغش (١). وكل غش تترتب عليـه تنحـيـة قـانون اجنبى لمصلحة قانون اجنبى اخر لا يعتد به ولا ينال جـزاءه بابطال الاخـتـصـاص. ذلك ان القـاضي، حـسب قول هؤلاء، لا يحمى القوانين الاجنبية وانما يحول دون التحايل على قانونه فحسب.

ومـثل هذا التطبـيق لنظرية الغش نحو القانون عرضه للانتقاد من قبل الفقهاء الذين يرون ان الغش نحو القانون يجب ان ينال جزاءه. فسواء أكان القانون المبعد وطنيا ام اجنبـيـا يلزم اعـادة الاختصاص اليه ذلك لان الأخذ بنظرية الغش نحو

---

١ ـ انظر فى ذلك باتيفول ١٩٥٩ ص٤٢٩، وما اشارت اليه قرارات المحاكم الفرنسية.

القانون يجب أن يكون عملا موضوعيا مجردا متى ما توافرت العناصر اللازمة لنشوئه. غير ان العمل يظهر لنا قصر نطاق اعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التهرب من قانون القاضى[1].

عناصر الغش نحو القانون :

لتحقيق الغش نحو القانون يجب توافر العناصر الاتية : -

١- توافر نية الغش :

يستلزم الغش نحو القانون كشرط اساسي توفر نية الغش تجاه القانون المختص، وتنحصر نية الغش فى اخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون ما واخضاعها عن طريق التحايل لقانون آخر.

ولما كان تغيير ظروف الاسناد لذاته لا يتضمن فى جميع الاحوال قصد اخراج العلاقة القانونية من اختصاص قانون لقانون بلد آخر. لذلك فإن تغيير ظروف الاسناد وحده لا يكفي للاخذ بنظرية الغش بل يجب ان تكون ارادة الافراد موجهة بقصد التحايل على اختصاص قانون ما. اي ان يكون تغيير الاختصاص القانونى هدفا تنشده الارادة من تغيير ظروف الاسناد في حين ان كل تغيير للاختصاص ناتج عن تغيير ظروف الاسناد المقصود لذاته لا يكون غشا نحو القانون ، فلا مؤاخذة على تبدل الاختصاص الناتج عنه.

لذلك يلزم للعمل بهذه النظرية معرفة غرض ذوى العلاقة. فان كان غرضهم نقل الاختصاص فيكون هذا تهريبا للعلاقة القانونية من اختصاص لاخر مما يشكل غشا نحو القانون ، واذا كان غرضهم تغيير ظروف الاسناد فينتفى عنصر الغش.

ويقع على المحكمة تقدير نية الغش نحو القانون .

---

١ - انظر فى ذلك تنازع القوانين، د. منصور مصطفى منصور، سنة ١٩٥٧، ص١٣٨.

٢ ـ فعالية وسيلة الغش :

لا يلجأ الى نظرية الغش الا اذا كانت الوسيلة المتبعة لنقل الاختصاص فعالة وذات تأثير فى تغيير الاختصاص. فالحصول على موطن صورى لا يغير من احتفاظ الشخص بموطنه الحقيقى ويلزم اعطاء الاختصاص لقانون الموطن الحقيقى لا الصورى. وكذلك تغيير جنسية أحد الزوجين مع بقاء الزواج محكوما بالقانون الذى كان يحكمه سابقا قبل تغيير ظروف الاسناد لا توجب الاخذ بنظرية الغش نحو القانون لعدم فعالية وسيلة الغش.

٣ ـ ان تكون القاعدة القانونية المتحايل عليها من النصوص الامرة :

الرأي التقليدي يتجه الى حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التى يكون التهرب فيها من النصوص الامرة اما بالنسبة للنصوص الاختيارية(المفسرة) فلا يرى انصار هذا الرأى اي مجال لاعمال فكرة الغش فيها ذلك لان الافراد يتمتعون ابتداء بحرية الخروج عنها واخضاع علاقاتهم لغيرها ولهذا لا يمكن ان يظهر الغش نحو القانون بالنسبة اليها.

وهناك من لا يسلم بهذا الشرط ويرى أن فى الامكان التمسك بالدفع بالغش نحو القانون حتى لو كانت القاعدة التى نقل عنها الاختصاص من القواعد الاختيارية وهذا واضح من ان الرخصة التى خولت للافراد فى اختيار القانون الذى يحكم العقد لا تمكنهم من اخضاع العقد لقانون لا تربطه بالعقد أيه صلة [1].

آثار الغش نحو القانون

الاثار التى تترتب على الغش نحو القانون منها ما تتعلق بالنتيجة (وهي تحديد القانون الواجب التطبيق) ، ومنها ما تتعلق بالوسيلة (وهي ظروف الاسناد التى تم بموجبها الغش).

ففيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، فالمظهر الاساسى لاثار نظرية الغش

١ ـ دكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد ـ القانون الخاص ـ ص٢٢٣ .

نحـو القـانون هو ابطال الاخـتصاص القانونى المتأتى عن الغش وإحلال القانون المبعد بسبب الغش مكانه بصورة كاملة.

أمـا فـيما يتـعلق بظروف الاسناد (الجنسـية، الموطن، محل وجود المال ...الخ) التى عـمـد الافـراد إلى تغـييرها كـوسـيلة لتـحـقـيق الغـرض المنشـود وهو نقل الاخـتـصـاص القانوني ، فإن احتمال بطلانها موضوع خلاف اذ يدعو البعض الى بطلانها بصورة تامه واعتبارها كأن لم تكن وعلى هذا يكون تجنس الشخص الذي وقع بقصد الغش نحو القانون باطلا من كل وجه.

ويعـامل كأنه لا يزال محتفظاً بجنسيته السابقة ويستمر بالخضوع للتشريعات الناتجة عن جنسيته الاصلية[١] .

ويورد باتيـفـول تحـفظا على ذلك، وهو عدم ابطال ظروف الاسناد الناتجة عن الغش فى الاحـوال التى ينتج تغـيير الاخـتـصـاص فيه بسبب تصرف مادى كتغيير موقع المنقول (٢). فـفى هذه الحالة لا يمكن تجاهل الظروف المادية إذ يكتفى بعدم قـبـول الاحـتجاج بهذه الظروف فى موضوع النزاع الذي وقع الغش من أجله فقط وفيما عدا ذلك تبقى هذه الظروف صحيحة.

ويدعـو آخـرون الى ابطال ظروف الاسناد الناتجـة عن الغش نحو القانون فيما يخص الحاله التى حصل فيها الغش سواء كان تغيير الظروف قد نجم عن تصرف قـانونى ام تصرف مادى ، وذلك لتوفر نية الغش بالنسبة لهذه الحالة فلو تجنس المرء بجنسـية اخرى بقصد الافادة من حق الطلاق الوارد بقانون الجنسية الجديدة فـيكون هدف المتـجنس من هذا الاجـراء ابعاد تطبيق قانون الجنسية السابقة فيما يخص الطلاق ، ولا تتـوفـر نيـة الغش نحـو القـانون فى التصرفـات الاخرى التى يجريها فى ظل قـانون الجنسـيـة الجـديدة لان النيـة لم تنصرف فـيـها إلى اعطاء الاخـتـصـاص لهذا القانون بدلا من القانون المختص قبل تغيير الجنسية. وعلى هذا فركن الغش نحو القانون غير متوفر بالنسبة لهذه التصرفات.

---

١ ـ . Niboyet 431

٢ ـ . BATIFFOL. 1090.

الفصل الخامس

تطبيق القانون الأجنبي

اثبات وتفسير القانون الأجنبي

المبحث الاول

اثبات القانون الأجنبي

اذا قضت قاعدة الاسناد الأخذ بقانون أجنبى معين لتطبيقه على علاقة قانونية، فإن تطبيق القانون الأجنبى يواجه صعوبات عملية وهي: تحديد المراد بالقانون الأجنبى وكيفية تأكد المحكمة من مضمونه وعلى من يقع عبىء التعرف على أحكامه وطريقة تفسيره ومدى سريانه من حيث الزمان والمكان والأشخاص، ويستلزم أيضا معرفة ما اذا ان الخطأ فى قاعدة الاسناد والخطأ فى القانون الاجنبى يخضعان لرقابة المحاكم العليا ام لا.

يتضح من ذلك بأن عدة مشاكل يمكن أن تثور أمام القاضي وتستوجب البحث والدراسة كل على انفراد.

المرادِ بالقانون الأجنبي :

يقصد بالقانون الأجنبى مجموعة القواعد القانونية المعمول بها فى دولة أخرى غير الدولة التى ظهر فيها التنازع. ولا فرق فى هذا أن تكون قواعد القانون الأجنبى مدونة مصدرها التشريع او غير مدونة مصدرها العرف او القضاء او الفقه.

ويرجع الى القانون الأجنبى المراد تطبيقه لمعرفة مصادره وأهمية كل مصدر بالنسبة للمصادر الأخرى. فلو كان القانون الإنجليزى مختصا لوجب الأخذ بالسوابق القضائية بصورة إلزامية كما هو متبع فى إنكلترا[1].

---

١ ـ مصطفى كامل ياسين ص٥٠٨ .

Problemes Relatifes AL' application Du Duoit Etrangeeer

وفي صـدد الصـفـة الأجنبـية للقانون يمكن أن تبرز مسائل مهمة. الاولى تتعلق بالأوامـر التشريعية الصادرة من منظمة دولية تشترك فيها الدولة التى يراد تطبيق هذه الاوامـر فـيـها. فهل تعتبر مثل هذه الاوامر قوانين وطنية بالنسبة للدولة التى يراد تطبيقها فيها او انها تعتبر قوانين أجنبية؟

يعـتبر البعض هذه الاوامر وطنية لمجرد كون الدولة التي يراد تطبيقها فيها هي عضو في المنظمة ، ويشبهونها بالاتفاقات الدولية.

ويرى البـعض الاخـر أن المنظمـة الدوليـة تكون وحـدة قـانونية لها شخصية خـاصـة بها تختلف عن شـخـصـيـة كل عضو مكون لها. وتتصف القرارات التى تتخذها بالصفة الأجنبية عن كل دولة لأن المنظمة ليس لها سيادة وطنية على أرض اي من الدول الأعـضـاء، كما يرون أن الأوامـر والقـرارات التى تصـدرها المنظمـة الدوليـة لا يمكن تشـبيهها بالمعاهدت والاتفاقيات، التى لا تنال قوة الإلزام فى داخل الدولة الموقعة عليها إلا بعد تصديقها تشريعيا ونشرها من قبلها[1].

والى جـانب هذه المسألة يمكن أن تبرز مسألة أخرى تظهر على اثر ضم دولة او جزء منها لدولة أخرى واحتفاظ الدولة الضامة بقوانين الدولة المضمونة.

فهل تعتبر قوانين الدولة المضمومة عند تطبيقها فى الدولة الضامة قوانين أجنبية او أنها تعتبر قوانين وطنية على الرغم من صدورها فى الأصل عن السلطة أجنبية؟

من الطبـيعى أن قوانين الدولة المضمونة لا تعتبر أجنبية، لأن إبقاء هذه القوانين فى العـمل والاحـتـفاظ بها بصورة صريحة او ضمنية من قبل الدولة الضامة يعتبر تبنيا لها فتصبح بالنسبة اليها قوانين وطنية.

وتثار مسألة تتعلق بالأنظمة والاوامر التشريعية الخاصة بدولة غير معترف بها من قـبل الدولة التى يراد تطبـيق القـانون فـيـهـا. فهل تعتبر هذه القوانين أجنبية بالنسبة اليها وتلزم محاكمها بتطبيقها؟

١ـ بهذا المعنى كل من Weill Et Virally راجع Tyan ص١٦٥ .

هناك فكرتان مختلفتان بهذا الشأن:

الأولى تقضى بأنه ما دامت الدولة غير معترف بها من قبل الدولة الاخرى فلا تعد سلطة قانونية وسياسية قبل الدولة التى لم تعترف بها وبالتالى فإن الأوامر التى تصدر عنها لا تكون لها قيمة قانونية.

والثانية وهي الراجحة تقضى بأن الاعتراف بالدولة ما هو الا تصرف سياسى محض منبعث عن أسباب سياسية ولا علاقة له بالنظم القانونية التى يتوقف تطبيقها فى الخارج على الوجود الفعلى لدولة تمارس اختصاصات سلطتها بشكل مستمر ومسالم لا لبس فيه. فوجود القانون الأجنبى يتوقف ويعتمد على الظروف الداخلية التى بمقتضاها صدرت وطبقت تلك القوانين ولا يتوقف ذلك على الظرف الخارجى وهو هنا الاعتراف السياسي (١) من قبل دولة أخرى.

كيفية التعرف على مضمون القانون الأجنبى ومن يثيره :

من المعلوم ان القانون الوطني ثابت بمضمونه ولا يحتاج الى اثبات والقاضي الوطني ملزم بالبحث عنه ويطبقه على العلاقة القانونية المرفوعة أمامه. ولكن لو أن قاعدة الاسناد قد أشارت الى الاخذ بقانون وكان قانونا أجنبيا. فهل يستوجب تطبيق هذا القانون طلبا من الخصوم الى المحكمة او أنها تتكفل بذلك من تلقاء نفسها؟ وهل يقع عبء التعرف على أحكام القانون الأجنبى على المحكمة او أن على الأطراف أن يثبتوا هذه الاحكام؟

تتوقف الإجابة فى ذلك على صفة (طبيعة) القانون الأجنبى عندما يطبقه القاضى الوطنى وما إذا كان يفقد القوة الملزمة له فيعتبر (واقعة) ، او أنه يحتفظ بهذه الصفة فيطبق على أنه قانون.

وبشأن صفة القانون الأجنبي هناك فكرتان :

---

١ ـ BATIFFOL 300 TYAN. COUSS 167

الاولى : تقضي بأن القـانون الأجنبي لا يطبق بوصـفه قانونا بل باعتباره مجرد وقائع لذا لا يلزم القاضى أن يرتكن اليه ويطبقه من تلقاء نفسه (١) وعلى المتقاضين التـذرع به وإثبـات مـضـمونه. وقد استقر القضـاء الانجليزي على ذلك منذ زمـن طويل (٢) .

وهذا مـا أخـذ به فى المادة ١٣٤ من قـانون أصـول المحاكمات المدنية اللبنانى القـديم التى جـاء فـيـها : «لا تطلب البينة على وجود القانون اللبناني ولكن يجب اقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على كل قانون أجنبي» (٣).

عدل هذا النص بالمادة ١٤٢ جديد بالشكل الآتى «... اما اثبات مضمون القانون الأجنبي يتطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالما به» (٤).

وكانت محكمة النقض المصرية قد وصفت القانون الأجنبى بأنه واقعة فى حكمها الصـادر فى ٧ يوليو ١٩٥٥ اذ جاء فيه :

«التـمسك بتشريع أجنبى أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقـامة الدليل عليها (٥). ونجـد لهذه الفكرة تطبـيـقـا فى الدول التى تتكون قواعدها القانونية من العرف والسوابق القضـائية (٦).

---

١ ـ ومن الحـجج التى يتمسك بها البعض فى عدم الزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبى من تلقاء نفسه هي عدم معرفة القاضى باحكام هذا القانون ولا يجوز افتراض علمه به.
راجع مركز القانون الأجنبى امام القاضي الوطنى، د. هشام على صادق، ١٩٦٨، ص١٢١.

٢ ـ فمنذ سنة ١٩٧٤ فى حكم لمجلس اللوردات وردت فـيه الاشارة الى ان القانون الأجنبى يجب اثبات مضمونه. راجع د. فؤاد عبد المنعم رياض هامش ص٧٧. حيث يشـير الى ما نوه به احد القضـاة :

The Way of Knowing Foregn Laws is by admitting them to be proved as facts.

٣ ـ ادمون نعيم، القانون الدولى الخاص، ص٦٨.

٤ ـ الدكتور سامي بديع المنصور المذكور ص٦٧١.

٥ ـ انظر دكتور منصور مصطفى منصور، المذكور ص١٥١.

٦ ـ دكـتـور جـابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولى الخاص العربى ـ ٥٩٨. وشـاحي، القانون الـدولي الخـاص العـراقي، ٢٠٣. دكـتـور مـنصـور مـصطفى منصـور، المذكـور ص١٥٣. السنهوري، الوسيط فى الالتزامات ج٢ فقرة ٣٨ ص٥٥.

والاخـذ بالفكرة التى يوصف القـانون الاجنبى فـيـهـا بانه واقعة تفرض القول بأن عبء اثبات القانون الأجنبى يقع على من يتذرع بتطبيقه.

الثـانيـة : وتقـضـى بأن احكام القانون الاجنبى لا تعتبر مجرد وقائع كى يلزم أصــحـاب العـلاقـة بإثبـاتها والتـمسك بها، ويرى غالبية الفقه الحديث أنها قواعد قانونية ولها صفة الإلزام[1].

وهي واجـبة التطبيق، إذا ما أعطيت الاختصاص لأن أحكامهـ حسبما ساد فى النظرية الايطاليـة- تتداخل فى النظام القانونى الوطنى وتصبح جزءا منه (٢)، بفعل قـاعـدة الاسناد الوطنيـة التى تسـتـقـبل مـضـمـون القوانين الاجنبية التى تشير بتطبيقها. فقاعدة الاسناد حينما تنص على أن الميراث مثلا يخضع لقانون الجنسية فإنها وبهذه الصـورة تكون خـاليـة من المضمون وهي تستقبله من قانون جنسية المتوفى ، فأحكامه الخاصة بترتيب الورثة وتحديد نصيب كل منهم تنتقل الى قانون القـاضى بالنسبة للقضية المتعلقة بالميراث وكأنها صادرة من مشرع دولة القاضى. ومـعنى هذا أن صـفة الالزام للقانون الأجنبى لا تستمد من المشروع الأجنبى وانما السلطة التشريعية لدولة القاضى.

لم تنل فكرة الاندمـاج هذه التأييـد التـام وهناك من يرى أن قـواعـد القـانون الأجنبى تبـقى كأحكام أجنبـيـة وهي تطبق على هذا الاسـاس وبمـقتضى أمر من المشرع الوطنى المتـمثل بقاعدة الاسناد الوطنية (٣) ويترتب على الصـفة الأجنبية له عدم التسوية بينه وبين القانون الوطنى فلا يفترض فى القاضي الوطنى العلم به.

ويبنى على الرأى الأخير الذى يعطى للقـانون الأجنبى، الذى اشـارت اليه قواعد الإسناد، صـفـة القـانون، ان تقـوم المحاكم الوطنية من تلقاء نفسها تنفيذا لأوامر مشرعـها، بالبحث عن قواعده، ولا يتوقف الأمر على إرادة الأشخاص.

---

١ ـ راجع دكتور مصطفى كمال ياسين عن اثبات القنون الأجنبى ص٥١٢ من
Problemes relatifes AL Application Du Droit. etranger

٢ ـ راجع دكتور منصور مصطفى منصور، المذكور، ص١٥٣.

٣ ـ ادمون نعيم، القانون الدولى الخاص، ص٦٨.

وتملك المحاكم العليا حق الرقابة على صحة تطبيق قواعد القانون الأجنبى المختص وتفسيره.

ونحن نرجح الأخذ بهذا الرأى فى الأردن ونرى إلزام المحاكم بالبحث عن القانون الأجنبى الواجب التطبيق والتثبت من مضمونه حتى ولو لم يطلب اليها ذلك الخصوم مستندين فى ذلك الى صيغ نصوص قواعد الاسناد فى القانون المدنى الاردنى التى لا تشعر بأن تطبيق القوانين التى تعينها يتوقف على طلب من أحد. فقد استعمل المشرع فى قواعد الاسناد العبارات الاتية (يسرى ، يرجع ، تطبق، تخضع ، تتبع ، تعين المحكمة ...الخ) وهذه الصيغ لا تدل مطلقا على أن تطبيق القانون الأجنبى متوقف على إرادة الخصوم، بل على العكس من ذلك يظهر منها أن تطبيق القانون الأجنبى محتم فى جميع الأحوال التى تأمر بها قواعد الاسناد. والمحكمة ملزمة بالبحث عن قانون والتحقق منه وبهذا اخذت محكمة التميز الحقوقيه .

اذ جاء بقرارها رقم ٥٣٩/ ١٩٨٣، ان القانون الأجنبى الواجب التطبيق يحتفظ امام القضاء الوطنى بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التى يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده، وان المحكمة الوطنية التى تنظر فى الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبى وتطبيقه كما تطبق القانون المحلى[١].

وقد نظمت قوانين بعض الدول طرق إثبات القانون الأجنبى فأجازت للمحاكم فى التحقيق عن قانون بلد أجنبى أن تقبل (أ) إفادة الاختصاصيين فى القوانين ذات الشأن، الشفهية والتحريرية. (ب) الوثائق الرسمية المعطاه من ممثلية قنصلية او سياسية او التى استحصلت بواسطة اولئك الممثلين.

كما يجوز للمحاكم أن تدعو قنصل الدولة ذات الشأن او نائبة الى الحضور فى المحاكم للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته، ويستطيع القاضى الاعتماد على طرق أخرى للتأكد من وجود القانون الأجنبي [٢] كدراسات القانون المقارن او

---

١ ـ مجلة نقابة المحامين السنة ٣١ العدد ١٠ و١١ و١٢ صفحة ١٥٠٥ .

٢ ـ وشاحي ، ٢٠١ جابر جاد ٦٨٢ .

الطلب من وزارة الخارجية بتزويده بالمعلومات اللازمة. ويساهم أطراف العلاقة القانونية فى إثبات مضمون القانون الأجنبى لتبرير ادعائهم بالاستناد الى النصوص والقرارات الأجنبية التى يتمسكون بها. مستعملين فى ذلك جميع طرق الاثبات التى تيسر للمحكمة العلم الأكيد بمضمون القانون الأجنبي ، عدا اليمين والاقرار الذين استقر الفقه على استبعادهما من وسائل إثبات القانون الأجنبي[1].

وقد أجازت المادة ٧٩ من قانون اصول المحاكمات الأردنى للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم نصوص القانون الاجنبى التى يستندون اليها[2].

ولا ينكر بأن مهمة القاضى فى معرفة القانون الأجنبى وإثباته مهمة شاقة ، اذ أنه سيجابه فى البحث عن وجود القانون الأجنبى ومعرفة قواعده بصعوبات مادية او قانونية كبيرة. ولا فرق فى ذلك أن يكون القانون الأجنبى مدونا او غير مدون.

بالنسبة للقوانين المدونة تعترض القاضى أولا صعوبة مادية ترجع الى اللغة التى حرر فيها القانون الأجنبى والتى قد يجهلها القاضي فيضطر الى الاعتماد على الترجمة على الرغم من مخاطر عدم صحتها ودقتها.

والى جانب الصعوبة المادية تجابه القاضى صعوبة قانونية تنشأ من تقدير القيمة القانونية للقانون الأجنبى. إذ لا يخفى أن لكل دولة اجراءات معينة تقررها لنفاذ قانونها كالتصديق والنشر وموافقة القانون للدستور وسريانه على الماضى، مما يحتم على القاضى ، كي يكون تحديده للقانون الأجنبى وتطبيقه له سليما، أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق قد مر بالخطوات التى يقررها القانون العام للدولة التى شرع فيها.

وبالنسبة للقانون غير المدون والذى مصدره العرف والعادة والفقه والقضاء فإن القاضى سيواجه بصعوبات أخرى لأن البحث عن القانون الاجنبي الذى

١ ـ الدكتور جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص٦٠٣ الدكتور هشام علي صادق ـ مركز القانون ا لاجنبي امام القضاء الوطني ـ ص٢٦٨ .

٢ ـ المادة ٧٩ قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الفقرة الاولى «في احوال تطبيق قانون اجنبي يجوز للمحكمة ان تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون اليها مشفوعة بترجمة رسمية»

مـصدره العرف والعادة يثير صعوبة تتعلق بمعرفة وقت نشوئه وكيفية ظهوره.

كما أن الصـفـة القـانونيـة لبـعض القـواعد التى مصدرها العادة متنازع فيها، كـالاسـتـعمالات التـجـارية الواجـبـة الاتباع، فمنهم من ينكر عليها صفة القانون ويعـتـبرها شرط من شروط العـقد ويلزم من يهمه الأمر ان يتمسك بها. ومنهم من يصفها بقواعد قانونية يلزم القاضى بالبحث عنها وتطبيقها من تلقاء نفسه.

وفيما يتعلق بالقواعد القانونية التى ترتبها الأحكام القضائية اي التي مصدرها القـضاء يلزم معرفة قيمة الاحكام القضائية فى الدولة التى صدرت فيها. لأن بعض الدول تعطى السـوابق القضائية قوة الزامية كقوة القانون ويلزم القاضى الأخذ بما وردَ فـيـهـا، فى حين لا تعطى دول أخـرى كـالاردن والعراق للسوابق القضائية إلا قيمة نسبية (١) لا تقيد إلا أطراف الدعوى. لذلك فإن على القاضى عند تطبيق قانون أجنبى مختص ان يتـحـقق من قـيمة السوابق القضائية بالنسبة لذلك القانون فإذا تبين له أن لها قـوة القـانون الإلزامية فيلزمه عندئذ البحث عنها لمعرفتها وتعترض هذه المهمة صعوبات قد يستحيل تذليلها يتعذر معها معرفة السوابق القضائية لبلد أجنبى.

امـا اذا كـان الفـقـه مصدرا للقانون فان الصعوبات تظهر فى قيمة هذا المصدر بالنسبة لكل دولة فضلا عن انتشار اراء الفقهاء والكتاب بالنسبة لكل دولة.

ومما تقـدم يتـضح ان مـهـمـة القـاضي صـعبة وشاقة وقد يتعذر عليه أحيانا الاسـتـدلال على قواعد القانون الأجنبي المختص فى النزاع المرفوع أمامه. فوفقا لأي قانون يحسم النزاع؟

قدمت بهذا الشأن عدة نظريات هي :

١ ـ رفض الطلب.

٢ ـ تطبيق المبادىء العامة السائدة فى الأمم المتمدنة.

---

١ ـ عبد الرحمن البزاز اصول القانون ، سنة ١٩٥٨ ، ص١٤٩ ـ ١٥٥ .

٣ ـ تطبيق القانون الأقرب فى احكامه الى القانون الذى تعذر الكشف عن مضمونه [1].

٤ ـ يرى غالبية الشراح وجوب التجاء القاضى فى مثل هذه الأحوال الى فض النزاع بتطبيق قانونه الوطنى.

ويبرز باتيفول ذلك بما للقانون الوطنى من اختصاص عام لحكم جميع علاقات القانون الخاص، والواقع أن اساس تطبيق قانون القاضى هو الاعتبارات العملية التى حالت دون إمكان التوصل لمعرفة القانون الأجنبى ولأن القاضى لا يستطيع أن يمتنع عن حسم النزاع بحجة عدم معرفة القانون المختص، إذ ينشأ عن ذلك غمط للحق ونكران للعدالة. والحكم بما ورد بقانون القاضى يعتبر أقرب لتحقيق العدالة وأجدى نفعاً من الامتناع عن فض النزاع .

ومن التشريعات التى اوجبت، فى حالة عدم معرفة القانون الاجنبى المختص، العمل بقانون القاضي ، قانون المرافعات المدنية اللبناني فى المادة ١٤٢ قانون جديد بقولها « ... اذا تعذر أثبات مضمون القانون الأجنبى فعلى القاضى ان يحكم وفقا للقانون اللبنانى.

ويمكن القول ان القاضى الاردنى اذا تعذر عليه معرفة القانون عليه ان يحكم بمقتضى قانونه.

فقد قضت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني بأنه فى حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الاسلامي الأكثر

---

١ ـ يؤدي رفض الطلب الى انكار العدالة والافضل تطبيق قانون اخر ولو كان اقل ملائمة في نظر المشرع من القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد . كما ان نظرية تطبيق المبادىء العامة السائدة في الامم المتمدنة فكرة صعبة التحديد وتخول القاضي قدراً كبيراً من التحكم، اما بشأن نظرية تطبيق القانون الاقرب في احكامه الى مضمون القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه فانه لا يمكن التاكد من مدى التقارب بين القانون الذي استحال الكشف عنه وقانون اخر . .

(راجع في هذا مفصلاً مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، الدكتور هشام علي صادق ، ص٣٠٩) .

موافقة للقانون فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة، وبطبيعة الحال فانها تستنير فى تقدير قواعد العدالة بالأحكام التى أقرها الفقه والقضاء فى الأردن ثم فى البلاد الأخرى التى تتقارب قوانينها مع القوانين الأردنية. ولا يخفى بانه فى حالة عدم معرفة القانون الأجنبى الذى اشارت اليه قاعدة الاسناد يقتضى الحكم بمقتضى قواعد العدالة ، والقانون الأردنى أقرب لتحقيق العدلة فى هذه الحالة.

ويضاف الى ذلك أن الرأى الذى يقتضى بتطبيق قانون القاضى فى حالة تعذر معرفة القانون الاجنبى أصبح من مبادىء القانون الدولى الخاص الأكثر شيوعا، لذلك يمكن الأخذ به تطبيقا لما هو وارد فى المادة ٢٥ من القانون المدنى التى تنص على ان : « تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة».

دستورية القانون الأجنبي :

وترتبط بموضوع وجود القانون الأجنبى مسألة دستورية القانون الأجنبى، فهل يشترط لوجوده وتطبيقه ان يكون موافقا لدستور الدولة التى أصدرته، وهل في مقدور المحكمة عند تطبيقها القانون الأجنبى ان نبحث فى دستوريته.

تتطلب الإجابة عن هذا السؤال التفرقة بين الدستورية الشكلية والدستورية الموضوعية. فكما نعلم ان دساتير بعض الدول تستلزم شروطا شكلية تميز القانون كالتصديق والنشر، وبدونها لا يمكن القول بأن هناك قانونا. ومن المتفق عليه ان المحاكم اينما كانت مخولة بالتيقن من استيفاء الشروط الشكلية للقانون حتى ولو كان اجنبيا وعليها ان تمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى غير المتسم بالشكل الذى يحتمه دستور الدولة المنسوب اليها ذلك القانون (١).

والى جانب الشروط الشكلية للقانون يلزم ان يكون القانون موافقا من الناحية

١ ـ انظر دكتور مصطفى كامل ياسين ص٦٩ في البحث المنشور في مجلة القانون الدولي لاكاديمية لاهاي سنة ١٩٦٢ .

الموضوعية لأحكام الدستور او احد أسس دستورية القوانين فى الدولة التى ينتسب إليـهـا. والسـؤال الذى يطرح نفـسه هو هل يحق للقاضى الذى يطلب اليه بتطبيق القانون الأجنبى مراقبة الدستورية الموضوعية لهذا القانون؟

يختلف الامـر بأخـتـلاف النظام القـانونى لكل دولة، فـبـعض الدول قد أقرت لمحـاكمها حق رقابة دستورية القوانين من الناحية الموضوعية ولم تعترف الأخرى مطلقـا له بهذا الحق. ولأجل تحـديد ماإذا كان لمحكمة ما، عند تطبيقها قانون دولة أخـرى، حق رقـابة دسـتـورية القـانون الأجنبى الذى هي فى صـدر تطبيقه يجب التـمـييز بين أن يكون النظام القانوني الأجنبي يسمح لقضائه ان يراقب دستورية القـانون، وان لا يسـمح له بذلك فـان كـان التنظيم القـانونى لدولة مـا لا يسمح لمحاكمة بالرقابة الموضوعية على دستورية القوانين، فليس للقاضى الأجنبى فى هذه الحالة أن يتصدى للرقابة على ملائمة قانون تلك الدولة لدستورها، وما عليه إلا أن يطبق قانونها حتى ولو كان مخالفا لدستور الدولة التى ينتسب اليها.

أمـا اذا كـان التنظيم الأجنبى (اي فى قـانون الدولة التى ينتـسب اليها القانون المراد تطبـيقه) يجيز للقضاء فيه الرقابة الدستورية الموضوعية. فيتجه الغالبية الى إعطاء القـاضـى الوطنى حق مـراقـبـة دسـتـورية القاعدة القانونية الأجنبية فى هذه الحالة [1] بغـية الوصول الى ذات الحلول التى يصلها القانون الأجنبي، غير ان هذا الرأي قد يصطدم بعقبات عملية وسياسية [2].

ولا بد لنا هنا من الاشارة ولو بشكل موجز الى سلطة المحاكم في بعض الاقطار العـربيـة في البت دسـتورية قوانينها ليتبين لنا فيما اذا كانت المحاكم الأجنبية عند تطبـيـقها لقانون احدى هذه الدول تستطيع مراقبة دستورية القانون المراد تطبيقه أم لا .

ففي العراق كان الشراح يعترفون بحق القضاء بمراقبة دستورية القانون فى ظل

---

١ ـ Niboyet الجزء الثالث ١٩٧٠ .

٢ ـ بحث الدكتور مصطفى كامل ياسين المنشور في مجلة القانون الدولي المشار اليه ص٧١

الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ الذى التزم السكوت بهذا الشأن مما دعاهم الى تطبيق القواعد العامة والتى تجيز رقابة الامتناع عن تطبيق القانون لعدم دستوريته (١) . وبعد صدور الدستور المؤقت لعام ١٩٦٨ المتضمن تشكيل المحكمة الدستورية العليا اصبحت هذه المحكمة هي الجهة المختصة فى رقابة قانونية الأنظمة ولا تملك المحاكم الأخرى حق الرقابة. ثم ألغى دستور ١٩٦٨ وحل محله دستور ١٩٧٠ والذى لم يشر الى المحكمة الدستورية العليا، لهذا يرى بعض الشراح بأن القضاء العادي أصبح هو المرجع الان فى النظر فى دستورية القوانين عن طريق الدفع بالامتناع عن تطبيق القانون (٢)، ولم نر اي تطبيق عملى ذلك.

وفى الكويت كان شراح القانون الكويتى يعترفون للمحاكم العادية ببحث النظر بدستورية القوانين (٣) إلا وبعد تشكيل المحكمة الدستورية العليا فى الكويت اختلفت الأمر وهم يرون بان المحاكم العادية لم تعد تملك رقابة الامتناع.

وفى مصر أناط الدستور الصادر فى ١١سبتمبر ١٩٧١ بالمحكمة الدستورية العليا وحدها حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

ولم يرد فى دستور الجمهورية التونسية الصادر فى حزيران ١٩٥٩ ولا فى دستور المملكة الاردنية الهاشمية الصادر فى سنة ١٩٥٢ ولا فى دستور الجمهورية اللبنانية سنة ١٩٢٦ نص يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فيها ولذلك فإن الرقابة فيها على دستورية القوانين تخضع الى القواعد العامة والتي تجيز للمحاكم رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية. وقد أقر القضاء اللبنانى حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور(٤).

---

١ ـ دكتور محمد علي آل ياسين ـ القانون الدستوري والنظم السياسية ـ ص١٢١ ، ١٣٢ ، بغداد : ١٩٦٤ .

٢ ـ دكتور مالك دوهان الحسن ـ المدخل لدراسة القانون ـ الجزء الاول سنة ١٩٧٢ .

٣ ـ انظر تفصيل ذلك في دكتور يحيى الجمل ـ النظام الدستوري في الكويت ـ ١٩٧٠ ـ ١٩٧١ ص٤١١ . ودكتور رمزي طه الشاعر ـ ملاحظاته في النظرية العامة للقانون الدستوري ـ سنة ١٩٧٢ ، ص٥٥٦ .

٤ ـ قرار مجلس شورى الدولة في لبنان بتاريخ ١٥ شباط سنة ١٩٥٦ ، انظر دكتور رمزي طه الشاعر ، المذكور ص٥٠٥ وما بعدها .

ونظم دستور ليبيا موضوع الرقابة على دستورية القوانين مخولا محاكم الولايات حق الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع بعدم الدستورية.

وفى المملكة الاردنية الهاشمية فقد خصت المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ هذه المحكمة بالنظر فى رقابة دستورية القانون في الفقرة (أ) والبند السابع فيهما يلي : -

فى الفقرة (أ) مادة (٩) «تخص المحكمة دون غيرها بالنظر فى الطعون المقدمة من ذَوى المصلحة المتعلقة بما يلى:

بند (٧) الطعون التى يقدمها اي متضرر يطلب وقف العمل بأحكام اى قانون مؤقت مخالف للدستور او نظام مخالف للقانون او الدستور».

المبحث الثاني
تفسير القانون الاجنبي

لتطبيق قاعدة قانونية لا بد من تفسيرها. فما الطريقة التى يجب اتباعها ف تفسير القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق؟ ايتقيد القاضى فى تفسيره للقانون الأجنبى بالحلول القضائية الأجنبية والأفكار السائدة فى الدولة التى يراد تطبيق قانونها ام يتبع فى ذلك طريقة أخرى؟

هناك اختلاف فى وجهات النظر بهذا الشأن فمنهم من يعطى للمحاكم الوطنية كامل الحرية فى تفسير القانون الأجنبي ويجيز لها اتباع الطرق المتبعة فى تفسير القانون الوطنى، لأن القانون الأجنبي - على حد تعبير البعض - ذاب فى وعاء القانون الوطنى وأصبح جزءا منه بعد أن قررت قواعد الاسناد الاخذ به، مستندا فى ذلك الى ان مثل هذه الحرية معترف بها عند تطبيق قانونها وليس هناك ما يبرر عدم الاعتراف بها فى تطبيق القانون الأجنبى.

ويعارض اخرون طريقة التفسير هذه داعين الى وجوب تفسير القانون الأجنبى وفقا للاصول والافكار السائدة فى النظام القانونى للدولة التى ينتسب اليها(١). وعليه يتحتم على القاضى العمل بالتفسير الرسمى الملزم للقانون الأجنبى والتقيد بقرارات المحاكم واتجاه الفقه فى الدولة التى يراد تطبيق قانونها (٢) حتى لو اتحدت

---

١ - فلو احال القانون الاجنبي الى قانون محل الاقامة يقتضي الرجوع الى القانون الاجنبي الذي يحيل الى قانون محل الاقامة لتحديد ما يقصده من مصطلح الاقامة .

Leivasseur : La determination de domicle en drout international privé francais .

راجع القرارات المهمة للقضاء الفرنسي في القانون الدولي الخاص ص١١٠ .

٢ - اخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر في ٨ يناير ١٩٥٣ عند قبولها الطعن المقدم من زوجة فرنسية حكمت محكمة الموضوع بطلاقها من زوجها الفرنسي الذي اثبت علاقتها بغيره بخطابات صادرة منها استولى عليها الزوج بكسر الدرج المخصص لها في غيبتها ، معتبرة محكمة الموضوع هذه الرسائل دليل اثبات الا ان محكمة النقض رفضت .. التمسك بهذه الرسائل واشترطت لذلك الحصول عليها بطريق مشروع كما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا . مجموعة النقض ، السنة الرابعة رقم ٥٠ ص٣٤٩ . راجع دكتور هشام علي صادق مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني - ص٣٦٣ .

او تشابهت نصوص القانون الأجنبى مع نصوص القانون الوطنى للدولة المراد تطبيقه فيها، لأن حرفية النصوص فى دول مختلفة لا تعنى فى جميع الاحوال اتحادها فى المعنى والمضمون. فقد يكون للظروف التاريخية وطرق الرقابة القانونية اثر فى اسباغ معنى للنص فى دولة يختلف عما هو عليه فى نص يشابهه فى دولة اخرى، لذلك يجب التمسك بمعنى النص الأجنبى كما هو مطبق فى الدولة التى ينتسب لها لا بحرفيته، ذلك لانه إذا أمرت قواعد الاسناد الوطنية بتطبيق قانون اجنبى فهي لا تريد تطبيق النص بشكله الحرفى وانما الوصول الى المعنى الذى يقصده ذلك القانون فى بلدة وفى زمنه[1].

وهناك جهة اخرى تدعم الاتجاه الأخير مفادها أن الاعتراف للقضاء بحرية تفسير النصوص الوطنية بمعزل عن التفسير السابق لها يراد منه مساهمة القضاء فى تطوير القانون وتكوينه باتجاه حديث يتناسب مع الزمان. وبديهي أن مثل هذا الدور يجب حصره بقضاء الدولة التى ينتسب اليها القانون ولا يمكن أن يعهد به الى قضاء اجنبى، لأن مهمة القضاء الاجنبى إنما تنحصر فى تطبيق القانون الأجنبى بمفهومه ومدلوله الذى يتضح ويدرك من تفسير قضاء الدولة التى ينتسب لها القانون لا من قضاء دولة أجنبية تطبقه. لذلك يلزم التقيد بطريقة التفسير المتبعة فى الدولة المراد تطبيق قانونها.

رقابة المحاكم العليا :

قد يخطىء القاضى فى اعمال قواعد الاسناد او فى تطبيق احكام القانون الأجنبى (اي يخالف أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق) وقد يرتكب القاضى خطأ فى تفسير القانون الاجنبى. فهل يخضع خطؤه هذا فى جميع هذه الاحوال لرقابة المحاكم العليا او لا يخضع لذلك؟

من المتفق عليه أن الخطأ فى اعمال قواعد الاسناد يخضع لرقابة المحاكم العليا

---

١ ـ دكتور مصطفى ياسين عن بحثه محاضرات لاهاي ١٩٦٢ ، ص٨٢ .
Problemes Relatifs A L Application Du Droit Etrranger .

ذلك لان قـواعد الاسناد جزء من قانون القاضى. فلو قضت قاعدة الاسناد باعطاء الاخـتـصـاص فى الميراث لقـانون جنسية المتوفى وطبق القاضى على الميراث قانونيا اخـر غير قـانون جنسية المتوفى لشل ذلك خرقا لقاعدة الاسناد وهي قاعدة وطنية ومما لا شك فيه يكون للمحكمة العليا حق الرقابة والنقض.

امـا لو انه عـمل بقـاعدة الإسناد وطبق القانون الذى اشارت اليه القاعدة ـ اى قـانون جنسـيـة المتـوفى فى مـثالنا اعلاه ـ ولكنه أخطأ فى تطبيقه او تفسيره، فهل يخضع لرقـابة المحـاكم العليـا لضمان حـسن تطبـيق القـانون الأجنبى ولسلامة تفـسيره؟ كـان من المفـروض قـبـول مـبـدأ إخضاع هذا التطبيق بالاجماع لرقابة المحاكم العليا. ولكن ما يجرى عليه العمل، على ما يبدو، مختلف فيه تبعا للاختلاف فى وصف القانون الأجنبى.

فـفى بعض الدول الاوروبية (١) يذهب الفـقـه والقضاء الى عدم إخضاع تطبيق القـانون الأجنبى لرقـابة المحـاكم العليـا. وتقـتصر رقابة المحاكم العليا على تطبيق القـواعـد القانونية الوطنية. ومرد ذلك هو أن القانون الأجنبى بالنسبة اليهم يعتبر واقـعـة، ولانه من الناحـيـة العـملية يصعب أن يلقى على كاهل المحكمة العليا عبء القـيام بمثل هذه المهمة لمختلف القوانين الأجنبية (٢)، ويضـيـقون الى ذلك ان واجب المحاكم المحاكم العليا حماية القانون الوطنى لا وحده القانون الأجنبى.

وعلى خـلاف ذلك يؤكد جانب كبير من القضاء حق المحاكم العليا فى الرقابة على تطبـيق القـانون الاجنبي شأنه فى ذلك شأن القانون الوطني . وحجتهم فى ذلك أن القـانون الأجنبى هو قـانون لا واقعية وأن الخطأ فى تطبيق القانون ما هو إلا خطأ فى تطبـيق قـاعـدة الاسناد فى قانون القاضى التى يتطلب القانون احترامها بتطبيق القـانون الأجنبى فـعـلا وأن يعمل بالحكم الذى يمليه ذلك القانون وبغير ذلك فإن

---

١ ـ القضاء والفقه في فرنسا وبلجيكا وهولندا وسويسرا واليونان .

٢ ـ بهذا الرأي ، دكتور عز الدين عبدالله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ، ص٥٩٦ . من الطبعة السادسة سنة ١٩٧٣ .

المحاكم لا تخل بالقانون الاجنبي وحده، بل بالقانون الوطني نفسه[1].

سريان القانون الأجنبى من حيث الزمان والمكان والاشخاص :

تكتفى قواعد تنازع القوانين بالإشارة الى القانون الواجب التطبيق، كالقول مثلا أن الاهلية تخضع لقانون الجنسية.

وعند تطبيق القانون المختص الذى أشارت اليه هذه القواعد قد يواجه بعض الصعَاب نتيجة :-

١ - تغيير قاعدة الاسناد فى قانون القاضى.

٢ - تغيير القانون الأجنبى الذى أشارت اليه تلك القواعد واختلافه من حيث الزمان.

٣ - تعدد أحكام القانون الاجنبى المختص بتعدد الاقاليم والاشخاص الذين تسرى عليهم.

٤ - تغيير ظروف الاسناد وظهور التنازع المتغير.

إن تحديد القانون الأجنبى المختص وحسن تطبيقه يتطلب البت فى الامور الانفه الذكر المذكورة ، ببحث كل منها على انفراد.

١- تغيير قاعدة الاسناد :

إن قواعد الاسناد (قواعد تنازع القوانين) ، كما نعلم، هي من وضع المشرع الوطنى وهي عرضة للتغيير شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية الأخرى فالزواج مثلا وهو من اختصاص قانون الجنسية قد يغير المشرع حكمه فيه ويعطى الاختصاص فيه الى قانون الموطن. ومثل هذا التغيير فى قواعد الاسناد يستتبع بالمقابل تغييرا اخرا فى تعين القانون المختص مما يستلزم معرفة

---

١ - دكتور جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين - سنة ١٩٦١ ، ص٦٣٥ ، محكمة ا لنقض المصرية ، راجع الاحكام . دكتور منصور مصطفى منصور ص١٦٤ .

العلاقات القانونية التى سيحكمها القانون الجديد وما إذا كان يشمل هذا القانون العلاقات السابقة على تغيير قاعدة الاساد ام يقتصر فقط على تلك العلاقات اللاحقة؟.

هناك رأيان : الأول : يدعو الى سريان قاعدة الاسناد الجديدة على جميع العلاقات القانونية السابقة واللاحقة لتغيير قاعدة الاسناد باعتبار أن قاعدة الاسناد من القانون العام، فيصبح قانون الموطن فى مثالنا المشار اليه اعلاه مختصا فى حكم الزواج الذى تم فى ظل قاعدة الاسناد السابقة التى كانت تعطى الاختصاص لقانون الجنسية، كاختصاصه فى حكم العلاقات الزوجية اللاحقة لتغيير قاعدة الاسناد.

ويتجه الرأي الاخر (وهو السائد الان) الى حل هذا النزاع وفقا لقواعد سريان القانون من حيث الزمان فى داخل الدولة ويكون تاريخ الوقائع موضوع النزاع له أثره فى تحديد مجال اعمال قاعدتى الاسناد القديمة والجديدة (١) على اساس ان قاعدة الاسناد الجديدة ينبغى ان لا تمس ما تكون او انقضى من المراكز القانونية وان لا تمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوينها ولا ما رتبته تلك المراكز القانونية من اثار.

٢ ـ تغيير احكام القانون الاجنبى المختص :

قد يختلف القانون الاجنبى الذى تشير إليه قاعدة الاسناد باختلاف الزمان فى حين تبقى قاعدة الاسناد ثابتة دون ان يطرأ عليها اي تعديل تشريعى، ويرجع الاختلاف إما الى الغاء القانون المختص وإحلال اخر محلها او الى التعديل فيه، وهذا الاختلاف فى احكام القانونين الأجنبى الواجب التطبيق يثير تنازعا بين القانونين السابق واللاحق يتطلب حله لإعطاء الاختصاص لواحد منهما.

إن لكل دولة نظامها الخاص فى حل تنازع القوانين فيها وسريانها من حيث

---

١ ـ راجع الآراء المختلفة في هذا الشأن في فقرة ٣١٤ من باتيفول سنة ١٩٦٧ .

الزَمــان. ولأجل تطبـيق القــانون الاجنبى المختص تطبيقيا سليما فإنه يلزم حل التنازع بين القــانونين القــديم والجـديد وفــقــا لقواعد سريان القانون من حيث الزمان فى القانون الأجنبى.

والمبـدأ العــام يقــضــى بسريان القــانون الجديد على الحقوق الناشئة فى ظله ولا يسرى على الماضى إل اذا ورد فيه ما يفيد العمل بأثر رجعى، ويعمل بهذا المبدأ عند تطبـيق القــانون الأجنبى المختص فلا يطبق القانون الجديد على الماضى إلا اذا ورد فــيــه نص يعطيــه أثرا رجــعيا، وبشرط ان لا يتعارض سريان القانون الاجنبى على الماضى مع فكرة النظام العام فى قانون القاضى، ومتى ما تعارض إقــرار مــبـدأ الاثر الرجــعى للقــانون الأجنبى الجـديد مع النظام العــام لقانون القــاضى ينبــغى على القــاضى الوطنى الامــتناع عن تطبيق مبدأ سريان القانون الاجنبى الجـديد على الماضى. ولنضرب مــثــلا يوضح ذلك. لو كان السن اللازم لصــحــة الزواج فى القــانون الاجنبى هو إتمام الثــامنة عشرة من العــمر ثم غير وحــدد بإتمام الواحــدة والعشرين وأعطى لهذا الحكم الجـديد أثرا رجعيا يشمل الحــالات الزوجية السابقة، فتشريع كهذا يبطل العلاقات الزوجية السابقة يعتبر مخالفــا للنظام العــام، ويلزم القاضى الوطنى الامتناع عن تطبيق الأثر الرجعي هذا وحكم العــلاقات القانونية السابقة بالقانون الانفع لها والأقرب للعدالة وهو فى هذه الحالة القانون الأجنبي السابق[1].

٣ـ تنازع القوانين من حيث المكان والاشخاص :

يرجع فى سريان القــانون الاجنبي من حــيث الاشــخــاص والمكان الى ما ورد فى القــانون الأجنبي لتــعــيين القــانون المختص، وبهذا الحكم أخذت المادة ٢٧ من القــانون المدنى بقــولها: «إذا ظهر أن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه هو قانون

---

١ ـ دكتور مصطفى كامل ياسين ، ص٥٧١ ، البـحث المنشور بمجموعة محاضرات من اكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة ١٩٦٢ .

Problemes Relatifes A L Application De Droit Etranger .

دولة تتعدد فيها الشرائع فإن القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أيه شريعة يجب تطبيقها».

ـ التنازع المتغير : المتحرك

أطلق برتان (١) هذا الاصطلاح على التنازع الذى يحدث نتيجة تغيير ظروف الاسناد (الجنسية او الموطن او موقع المال او انتقال الاشخاص) (٢) مع بقاء قاعدة الاسناد دون تغيير.

ويثور السؤال فى هذا الصدد عما إذا كان تغيير أحد ظروف الاسناد من شأنه الابقاء على الاختصاص القانونى للقانون السابق أم انه يؤدى على خلاف ذلك الى الانتقال الى قانون اخر غير الذى كانت تخضع له العلاقة القانونية من قبل؟.

الواقع أن ظروف الاسناد الجديدة تؤدى الى تعقيد فى الموقف وتجعل اختيار القانون الواجب التطبيق أمرا لا يخلو من الاشكال ، ويتضح هذا فى الامثلة الاتية: لو تم زواج بين شخصين من جنسية واحدة، فإن القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية لزواجهما هو قانون جنسيتهما وهو محدد وثابت وقت الزواج ولكن إذا تغيرت جنسية الزوجين بعد الزواج فهل يبقى الاختصاص الى قانون الجنسية الاول او يصار الى قانون الجنسية الجديد؟.

وهناك نموذج اخر للتنازع المتغير ينتج عن ضم إقليم دولة الى دولة أخرى إذ يثور التساؤل عن الروابط القانونية وما إذا كان الاختصاص بشأنها يعطى لقانون الدولة الضامة ام انه يبقى فى اختصاص قانون الدولة المضمومة.

فى مثل هذه الحالات التى تتغير فيها ظروف الاسناد تثور مشكلة الأثر القانونى لهذا التغيير من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق ومعرفة ما اذا كانت العلاقة

---

١ ـ راجع . Tyan 1966 P. 31

٢ ـ دكتور احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص المقارن ، ص٢٤١ .

القانونية تخضع وبشكل كامل الى القانون الجديد الذى يتعين بمقتضى ظروف الاسناد الجديدة، ام انها تبقى بحسب الاصل خاضعة وبشكل تام الى القانون السابق الواجب التطبيق قبل ظهور حالة التنازع المتغير، ام يترتب على هذا التنازع توزيَع الاختصاص القانونى فيما بين القانونين السابق للتغيير واللاحق له؟

هناك وجهات نظر مختلفة لحل هذا التنازع :

الأولى : تقوم على أساس التمسك بنظرية الحق المكتسب.

تمسك بهذه النظرية Pillet (١) ، وهو يرى ان تبقى كل علاقة قانونية نشأت تحت سلطان قانون ما خاضعه له فى كل ما يتعلق بشروطها الشكلية والموضوعية وباثارها الماضية والمستقبله، ولا يعترف للقانون الجديد بأي اختصاص. فالزوجان اللذان عقدا زواجهما وفقا لقانون جنسيتهما الذى لا يجيز لهما ايقاع الطلاق فانهما لا يستطيعان ايقاعه ولا يستفيدان من القانون الجديد بعد ان تغيرت جنسيتهما وانتسبا الى دولة يجيز قانونها ايقاع الطلاق، لأن كل زوج قد عول على احكام القانون الذى نشأ الحق فى ظله. وعدم جواز ايقاع الطلاق في القانون السابق حق اكتسب بمقتضاه الامر الذى يترتب عليه الابقاء عليه وفقا لمبدأ الحق المكتسب.

وينتهى Bartin الى الحل نفسه ولكن على اساس من الاعتبارات العملية المتعلقة بضرورة استقرار العلاقات القانونية التى توجب البقاء فى دائرة اختصاص القانون الذى نشأت العلاقة الزوجية تحت سلطانه.

الثانية : تقوم على أساس تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان على التنازع المتغير. ومؤدى ذلك شمول تطبيق قواعد سريان القانون من

---

١ ـ راجع دكتور عز الدين عبدالله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ، سنة ١٩٦٩ ، ص٦٧ .

حيث الزمان فى الداخل على التنازع المتغير، نظرا لأن التنازع الزمانى قائم فى كلتا الحالتين بسـبب تعـاقب عدة قوانين فى حكم العلاقة فى الوقت ما بين إنشاءها والتمسك بها او التنازع فيها.

والاخـتـلاف بـين الـتـنازعين الزمـاني الداخلي والمتـغير يمكن حصره فى اختلاف السلطة التشريعية، ذلك انه فى حالة التنازع الداخلى يكون التنازع بين قـوانين مـتـعاقبة صادرة من دولة واحدة، أما فى حالة التنازع المتغير فالقوانين المتعاقبة تابعة لدول متعددة.

وبما ان كـلا الـتنازعين (الزمـاني الداخلي والزمـاني الدولي ـ المتـغير ـ) ينطويان على تنازع من حـيث الزمـان فإنه يلزم لحل هذا الأخير تطبـيق قواعد سريان القانون من حيث الزمان ولأخذ بفكرة لأثر الفورى للقانون الجـديد وعـدم سريانه على الماضى وهو مـا يستتبع بقاء الحق ووجوده محكومـا بالقانون الاول اي قانون الدولة التى نشأ فيها الحق، أما الاثار اللاحـقـة لتـغير ظروف الاسناد فـتـخضع للقانون الجديد. وطبيعى أن تحـديد القـانون السـابق لتغيير ظروف الاسناد واللاحق لها وتعينه يتم بمقتضى قاعدة الاسناد فى قانون القاضي .

وقـد طبق القـضـاء الفـرنسى فكرة الأثر الفوري فى حالة التنازع المتغير بشأن تعـدد الزوجـات فى قـضية عقد فيها شخص خارج فرنسا زواجا ثانيـا بمـقـتـضى قـانون جنسيته الذى يجيز له تعدد الزوجات ثم أقام وزوجـتـه فى فـرنسـا حـيث اكتسب الجنسية الفرنسية، طالبته الزوجة الثـانيـة بالنفـقـة فـدفع الزوج متمسكا ببطلان الزواج بمقتضى القانون الفرنسى الذي لا يجيز تعدد الزوجات، الا ان المحكمة الفرنسية ذهبت الى صـحـة الزواج عملا بقانون جنسية الزوج السابق والذى انعقد الزواج في ظله ، ولم تاخـذ بقـانون الجنسـية الحالي (القانون الفرنسي) الذي يحرم تعـدد الزوجات، وحكمت بالنفقة (١). وبهذا تكون المحكمـة قـد طبقت فى

١ ـ راجع Cass. Civ. 19/2/63 Tyan, 34

التنازع المتغير فكرة الاثر الفورى واخضعت الزواج وقت انشائه الى قانون السابق لتغيير الجنسية واخضعت النفقة للقانون اللاحق له.

الثالثة : تقوم على أساس عدن التقيد بمعيار عام وانما يجب أن ينظر في كل حالة على حدة ويتكفل المشرع الوطنى بوضع حل لها، يحدد فيها القانون الواجب التطبيق ويكون هذا التحديد على أساس الوقت او المكان الذى يتحدد بموجبة القانون الواجب التطبيق.

ويعمل مشرعو بعض الدول على وضع حل لمشكلة التنازع المتغير في بعض قواعد الاسناد . والمشرع الاردني وان لم يضع قاعدة عامة لمعالجة مشكلة التنازع المتغير الا انه عالجها فى بعض النصوص. فاخضع فى الفقرة الاولى من المادة ١٤ من القانون المدنى اثار الزواج بما فى ذلك بالنسبة للمال الى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج، واعطى الاختصاص فى الطلاق والتطليق فى الفقرة ٢ من المادة الرابعة عشرة منه الى قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى. واخضع الوصايا فى الفقرة الاولى من المادة ١٨ منه الى قانون الموصى وقت موته.

ففى هذه النصوص وفى غيرها حدد لنا المشرع الوقت الذي يجب الاعتداد به لتحديد القانون الواجب التطبيق. ونهجت ذات النهج تشريعات دول عربية اخرى [1].

---

١ ـ من ذلك القانون الكويتي ، راجع للمؤلف الدكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين و احكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ـ ص١٣٢ .

الباب الثاني

تنازع الاختصاص القضائي

الفصل الأول

القواعد العامة في الاختصاص القضائي

المبحث الأول

تحديد مفهوم الاختصاص القضائي

قد تلحق نشوء العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى مسألة عرضية وهي قيام نزاع بسبب تلك العلاقة القانونية مما يستلزم معرفة المحكمة المختصة بالفصل فيه. وهذا يؤدى الى خلاف بين محاكم عدة دول حيث تدعى او لا تدعى كل واحدة منها حق النظر فى النزاع والبت فى مثل هذه العلاقة القانونية وهذا ما أطلق عليه تنازع الاختصاص. وهو يختلف عن تنازع القوانين، الذى يقارن نشوء العلاقة القانونية ، بعدم ظهوره الا فى حالة ما اذا نشب نزاع بين أطراف العلاقة القانونية بسببها وبعد نشوئها. وتلك حالة عرضية لا يشترط ظهورها فى جميع الاحوال. ولكن متى ما ظهرت فلا بد من محكمة ذات ولاية يلتجىء اليها صاحب الحق فى الدفاع عن حقه أمامها.

ومسألة تنازع الاختصاص اللاحقة لنشوء العلاقة القانونية تتطلب قواعد قانونية تبين ما ذا كانت المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولة القاضى المرفوع أمامه النزاع ام لا؟ ان الفصل فى اختصاص المحكمة يقتضى ان يسبق الفصل فى تعين القانون الواجب التطبيق، والقاضى المرفوع امامه النزاع يبت باديء ذى بدء فى اختصاصه.

ومن المسلم به أن القواعد المنظمة لتنازع الاختصاص هى من وضع المشرع الوطنى فهو يحدد اختصاص المحاكم الوطنية كما يحدد بصورة غير مباشرة اختصاص المحاكم الاجنبية حينما يتخلى المشرع الوطنى عن هذا الاختصاص.

ففي كل دولة يرسم المشرع قواعد الاختصاص القضائى للمحاكم الوطنية سواء كان هذا الاختصاص داخليا ام دوليا، ويتم الاختصاص الداخلى (الخاص

بالعلاقات الوطنية) عن طريق قواعد المرافعات المدنية. أما الاختصاص الدولى (الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي) ، فيكون بمقتضى قواعد الاختصاص الدولى حيث يتحدد بموجبها اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الخاصة بالعلاقات القانونية المتضمنة عنصرا اجنبيا والتي اطلق عليها قانون اصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الاختصاص الدولي للمحاكم.

الاختصاص الدولي للمحاكم :

قواعد الاختصاص الدولي هى قواعد موضوعية لا قواعد اسناد لأنها تحدد مباشرة الحالات التى يختص القضاء الوطنى بالنظر فيها. وهى لا تهتم بتحديد القضاء الاجنبى المختص. لأن مثل هذا التحديد سيكون عديم الفائدة فالقضاء الأجنبى لا يخضع للقواعد التى يصدرها مشرع اخر [١]. وهذا بخلاف ما هو عليه الحال فى قواعد تنازع القوانين التى تحدد اختصاص القانون الوطنى واختصاص القانون الأجنبى. ومرد هذا الاختلاف هو أنه فى تنازع القوانين إذا ما اعطت قواعد الاسناد الاختصاص الى قانون أجنبى فان القانون المشار اليه سيعمل به من قبل المحكمة التى تسند قواعد اسنادها العلاقة الى قانون أجنبي ، فهي تطبق ذلك القانون سواء قبل مشرع الدولة التابع لها القانون ام لم يقبل ذلك. ولكنه اذا ما اعطى الاختصاص الى محكمة أجنبية فإنها لا تعمل بأوامر مشرع أجنبي .

ومع أن ما جرى عليه العمل من تسمية القواعد التى يتم بمقتضاها اختصاص المحاكم بالنظر فى قضايا ذات العنصر الأجنبى بتنازع الاختصاص الدولى للمحاكم ولكن المقصود منه، فى حقيقة الامر، بيان الاحوال التى تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصر أجنبى. ومثل هذه القواعد هي قواعد خاصة بكل دولة. لا يسعنا الوقت لدراستها والوقوف عليها لهذا نكتفى بمعرفة الحالات التى تختص فيها المحاكم الاردنية بالنظر فى نزاع يتعلق بعلاقة قانونية فيها عنصر أجنبي.

---

١ ـ دكتور فؤاد عبد المنعم رياض ـ مبادىء القانون الدولي الخاص ـ بيروت : ١٩٦٩ ص٤٢٤ .

ويرتبط باختصاص القضاء هذا مسألة معرفة سير المرافعة والقانون الذي يرجع اليه فيما يتعلق بالاجراءات الواجب اتباعها والتى تخضع عادة الى قانون المحكمة التى تثبت لها الولاية فى العلاقة القانونية وهذا ما سنأتى على بحثه. واكمالا للبحث لا بد من أن نواجه الحالات التى يريد الافراد التمسك فيه بقرارات صادرة من محاكم أجنبية لمعرفة اثار تلك الاحكام ومدى إمكانية تنفيذها والشروط اللازمة لتنفيذها وتنفيذ الاوامر والسندات الرسمية الاجنبية.

ويجدر بنا قبل عرض القواعد المنظمة للاختصاص القضائي في الاردن وبيان آثار الاوامر والاحكام والسندات الاجنبية ان نحدد أهمية الاختصاص القضائي وعلاقته بالاختصاص التشريعي ونتعرف على المبادىء العامة في تنظيمه ومدى حرية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي .

أهمية الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالاختصاص التشريعي :

تحدد قواعد الاختصاص التشريعى القانون الواجب التطبيق وقد يكون هذا القانون وطنيا او أجنبيا ولهذا فهى قواعد مزدوجة بينما تقتصر قواعد الاختصاص القضائى على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية ولا تتكفل بتحديد اختصاص المحاكم الاجنبية ولهذا فهى مفردة الجانب.

والاختصاص القضائي الدولي مستقل عن الاختصاص التشريعي فقد تختص محكمة دولة من الدول بالنظر فى القضية ذات العنصر الاجنبى الا انها تطبق عليها قانونا أجنبيا. وأساس هذ الاستقلال هو الاختلاف فى الاعتبارات التي تقوم عليه قواعد كل نوع من انواع الاختصاص.

فالمحكمة لاعتبارات تتعلق بالسيادة او بالامن والسلامة فى الاقاليم تصبح مختصة فى النزاع ، ومع ذلك فإن قواعد العدالة تقضي بأن تحكم العلاقة بقانون أجنبَي لأنه أكثر ملائمة لطبيعة النزاع[1].

---

١ ـ Batiffol 1959 P. 752 .

وقد تتطابق الاعتبارت التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي والتشريعي فيعقد الاختصاص لمحكمة دولة وتطبق المحكمة قانونها كما هو الحال بالنسبة للعقار حيث تختص محكمة الدولة التي وجد فيها العقار فى نظر النزاع القائم بشأنه ويخضع العقار لقانون البلد الذي وجد فيه (١) ، ومع استقلالية الاختصاص القضائى عن الاختصاص التشريعي وعدم التلازم بينهما لأن تحديد المحكمة المختصة لا يستتبع حتما تطبيق قانونها على النزاع المطروح امامها. بيد ان ثبوت الاختصاص لأي منهما قد يكون له تأثيره فى ثبوت الاختصاص للآخر، فللاختصاص القضائي الدولي اثره فى تحديد الاختصاص التشريعي وفي التنفيذ.

فثبوت الاختصاص لقضاء دولة من الدول - ولو انه لا يعنى بالضرورة ثبوت الاختصاص لقانون تلك الدولة - قد يؤثر بصورة غير مباشرة الى عقد الاختصاص لقانون المحكمة المطروح امامها النزاع كما هو مبين أدناه (٢).

إذ تبدأ أول ما تبدأ المحكمة المختصة بتكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع وتتبع فى ذلك قواعد التكييف الواردة فى قانونها اي انها تطبق قانونها. وإذ ما انتهت من عملية التكييف يتعين عليها تحديد القانون الواجب التطبيق ويتم هذا باعمال قواعد الاسناد المنصوص عليها فى قانونها ومؤدى هذا ان المحكمة تطبق فى التكييف وفي الاسناد قانونها الوطني. وفى كلتا الحالتين ما كان تشريع القاضي ليطبق لو لم تكن المحكمة ذات اختصاص.

وبالاضافة الى ما تقدم، فإن القواعد التشريعية لقانون المحكمة المطروح امامها النزاع ستنل التطبيق كنتيجة حتمية لهذا الاختصاص وذلك فى كل من إجراءات التقاضى والتنفيذ الجبرى وتدابير الامن المدني (الاجراءات التحفظية) حصر

---

١ - دكتور هشام علي صادق - تنازع الاختصاص القضائي الدولي - ص١٥ .

٢ - دكتو فؤاد عبد المنعم رياض - مباديء القانون الدولي الخاص في القوانين اللبناني والمصري سنة ١٩٦٩ ، ص٢٤٦ . تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص ، ذلك لان تعيين المحكمة المختصة هو في الواقع يحدد الحكم النهائي في النزاع .

الامـوال ووضـع الاخـتـام وتعيين حارس عليها وبيع ما هو سريع التلف منها...الخ. فـفى جميع هذه الحـالات تعـتـبر محكمـة الدولة التى تتـخذ على إقليمها الاجراءات محكمـة مختـصــة وتطبق فى هذه الاجراءات قانونها (١). وقـد يكون للاختصاص القـضـائي تأثير كـبير فى عـقـد الاخـتـصاص لقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع وذلك فى الحـالات التى يسـتـبعد فيها تطبيق القانون الاجنبى لمخالفته للنظام العام لأن مخالفـة القـانون الأجنبي للنظام العام المقرر فى قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع يؤدي الى اسـتبعادها ذلك القانون وتطبيق قانونها الوطني. وكذلك الحال إذا تعذر معرفة احكام القانون الاجنبى المختص فانها تضطر الى العمل بقانونها.

امـا من ناحـيـة التنفيذ فإن لتحديد الاختصاص القضائي تأثيرا كبيرا فى قبول تنفـيـذ الاحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية او رفضها. لأن الأحكام الصادرة من المحـاكم الوطنيـة تكون قابلة للتنفيذ فى إقليم الدولة التى صدرت هذه الاحكام من محاكمها. فى حين أن الاحكام التى تصدر من محـاكم اجنبية لا يمكن تنفيذها الا اذا مرت بالمراحل اللازمة لتنفيذ الاحكام الاجنبية.

وكما أن الاخـتـصــاص القضائي له أثره فى تعيين القانون الواجب التطبيق فإن للاخـتـصــاص التشريعى أثره فى تحديد الاختصاص القضائى (للمحكمة المختصة) فـقـد يؤدى اختصاص القانون الأجنبى بحكم النزاع المتعلق بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الى أن تكلف المحكمـة المدعي برفع دعـواه الى المحكمة الاجنبية وقد أخـذت بهذا الحكم قـوانين بعض الدول وعلى سـبيل المثال ما قررته المادة التاسعة من قـانون تنظيم العـلاقـات القانونية ذات العنصر الأجنبى الكويتى رقم ٥ لسنة ١٩٦١ حيث جاء فيها :

«فى الاحـوال المنصـوص عليـها في المادة السابقة ، وحيث يكون القانون الواجب التطبـيق هو قـانون الدولة التي ينتـمي اليـهـا جميع الخصوم بجنسيتهم ، يجوز للمـحكمـة ، مـراعاةً لحسن سير العدالة ، ان تكلف المدعي برفع دعواه أمام محاكم

١ ـ دكتور محمد كمال فهمي ، المذكور ، ص٤٨١ .

هـذهِ الـدولة اذا كـان رفـعـهـا جـائزاً» . وهذا النص يدل دلالةً واضــحــة على ان الاختصاص التشريعي كان له أثره في تحديد المحكمة المختصة[1] .

المبادىء العامة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي :

أولى الفقهاء عناية بالغة فى دراسة تنازع القوانين للتوصل الى وضع قواعد عامة مـشــتركـة تهـيـمـن على حله. إلا أنهم لم يبـذلوا جـهـدا كـبيرا فى دراســة تنازع الاخـتـصـاص القضائي. ولهذا فإن نظريات عامة وقواعد عامة ظهرت وانتشرت فى موضوع تنازع القوانين ولم تظهر مثلها فى تنازع الاختصاص القضائي.

ومع ذلك فإنه يمكننا ان نتـبين من مـراجـعـة قـواعـد الاخـتـصـاص القضائي لتشريعـات الدول المخـتلفـة بأن هناك قواعد تكاد تأخذ بها كثرة من الدول وتعتمد هذه القـواعـد على مـعايير او ضوابط معينة قد تكون إقليمية وقد تكون شخصية، والاختصاص فيها قد يكون اصليا او طارئا.

الاختصاص الاصلي :

الضوابط الاقليمية :

ويتم تعـيين اخـتـصــاص المحكمـة على الارتباط الاقليمى الذي قد يكون مرده مـوطن المدعى عليـه او المدعى او موضع المال موضوع النزاع او مكان نشوء محل الالتزام او مكان تنفيذه.

وتختص محاكم الدولة بالدعـاوى التى ترفع على من كـان متوطنا فى اقليمها لا فـرق فى ذلك إن كـان المدعى عليـه وطنيـا ام أجنبيا. وكذلك بالدعاوى التي تتعلق بالامـوال التى توجـد فى اقليمها. وتختص ايضا بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات التى نشأت او تنفـذ فى اقليم الدولة التى تنتسب اليها المحكمة.

ويبرر اختصاص محاكم الدولة هذا بمبررات متعددة. منها أن سيادة الدولة على

---

١ ـ راجع للمـؤلف د. حسن الهداوي : تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي الكويت : سنة ١٩٧٤ ، ص٢١٥ .

اقليمها تقضي بأن يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين فى اقليمها بغض النظر عن جنسيتهم وكذلك على الاموال الموجودة والالتزامات والتي تتم في اقليمها .

وقد يرد اختصاص محاكم الدولة المبنى على الارتباط الاقليمى الى سهولة تنفيذ الحكم الذى يصدر منها على الاشخاص والاموال الموجودة على اقليمها.

وقد يكون مرد هذا الاختصاص هو المبدأ القاضي بأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس. وما دام لم يثبت بعد انشغال ذمته فليس من العدل ان نحمله مشقة الانتقال وراء الدعوى، وعلى المدعى أن ويلاحق المدعى عليه واثبات مدعاه.

الضوابط الشخصية :

إن سلطان الدولة لا يقتصر على الاشخاص والاشياء الموجودة فى اقليمها بل هو يمتد الى الاشخاص التابعين لها ومن مظاهر سيادة الدولة وسلطانها على الاشخاص التابعين لها هو إعطاء الاختصاص لقضائها بالنظر فى الدعاوى التى ترفع على رعاياه او من رعاياها حتى ولو كانوا فى الخارج.

الاختصاص الطارىء :

ويحق للمحكمة النظر بالدعوى، على الرغم من عدم وجود ارتباط اقليمي او شخصي، إذا تحقق ظرف طارىء عقد لها الاختصاص. والظروف الطارئة هي :

(١) الخضوع الارادي:

اي قبول الخصوم بالخضوع لولاية القضاء اما باتفاق صريح او ضمني كأن يمثل المدعى عليه امام المحكمة غير المختصة دون أن يدفع بعدم اختصاصها.

(٢) الارتباط:

قد تثار اثناء نظر المحكمة المختصة فى النزاع المطروح امامها مسائل اولية او طلبات عارضة لا تختص بالفصل فيها فيما لو طرحت امامها فى صورة

دعـوى مـبـتـدأة، كما لو كانت تنظر فى دعوى تتعلق باثار الزواج فأثير أثناء ذلك مـسـألة جنسـية الزوج الأجنبي او موطنه...الخ. فتعيين القانون الأجنبي الذى يحكم اثار الزواج يتـوقف على تعـيين جنسـيـتـة. ففي مثل هذه الحالة تختص المحكمة بالفصل بالجنسية بوصفها مسـألة أولية ولو لم تكن مختصة بها اصلا فيما لو عرضت امامها بصورة دعوى أصلية.

امـا الطلبـات العارضة والتى تمتد ولاية المحكمة اليها فهي الطلبات الاضافية التى يتقدم بها طرفي الدعوى واختصام الغير.

ويبرز امـتـداد المحـاكم الى المسـائل الاوليـة والطلبـات العرضية بمبدأ تمكين القضاء من أداء مهمته على الشكل الذى يتم فيه تحقيق العدالة.

(٣) الاجراءات :

وهي التـدابير الوقـائيـة والتحفظات كطلب تعيين حارس قضائى على المال او تقدير نفقة والتى يحق للقضاء النظر فيها على أساس تعلقها بتدابير امنية.

المبحث الثاني
مدى حرية الدولة في تنظيم اختصاصها القضائي

إن مـا تقدم ذكره من مبادىء لتنظيم الاختصاص القضائي مستخلص مما هو شـائع ومـعـمـول به في كثير من القوانين. ولم ترق هذه المبادىء الى مرتبة الالزام لتـتـمـسك بها الدول، وإنما من حق كل دولة ان توسع او تضـيق من نطاق هذه القواعد أو حتى تتبنى غيرها .

فـالدولة حرة في تحديد سياستها في هذا الصدد وهي تنفرد في رسم اختصاص محاكـمـهـا ولا يجوز لاي فـرد أو دولة أجنبـيـة أو هيئة دولية التدخل في تنظيم الاختصاص القضائي لدولة من الدول .

ولا يرد على حـرية الدولة في تنظيم الاخـتـصـاص القضائي فيها سوى بعض القـيـود التي أساسها الاتفاقيات أو الاعراف الدولية، كالحصانات القضائية للدول الاجنبـيـة والمنظمات الدوليـة ولرؤسـاء الدول الأجنبـية وبعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية[1] .

الحصانة القضائية Immunite De Juridction

تتـمـتع الدول، والمنظمات ورؤسـاء الدول وبعـثـاتها الديبلومـاسـية بحصانة قضائية تعفيها من ولاية المحاكم الاجنبية وتمنع هذه المحاكم من النظر في الدعوى التي تقام ضدها. ويشترط للتمسك بالحصانة القضائية أن تباشر الجهة المستفيدة اخـتـصـاصـهـا في الدولة التي رفعت الدعوى أمام محاكمها، لا أمام محكمة دولة أخـرى ذلك لأن الغـرض من الحـصـانة هو فـسح المجال أمام الجهة التي قررت الحـصـانة لمصلحـتها لأن تؤدي أعمالها على الوجه المطلوب في الدوة التي تمارس عملها فيها .

١ ـ الحصانة القضائية للدول الاجنبية والهيئات الدولية :

كـان الرأي السـائد في أكـثر الدول يتجه الى إعفاء الدول الأجنبية من الخضوع

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك : طبيعة الدفع بالحصانة، الدكتور هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص الطبعة الاولى سنة ١٩١٨ ص ٢٨٩ .

للقضاء الوطني. نظراً لما لها من استقلال وسيادة إذ أن اخضاعها لمحاكم دول أخرى يعتبر ماسا بسيادتها (١) ، لذا فهي لا تخضع لولاية القضاء في أية دولة بل تخضع للقضاء الدولي .

وقد كان مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية في بادىء الأمر يعفي الدول إعفاءا مطلقا ولا يجيز مقاضاة الدول الأجنبية أمام المحاكم الوطنية عن أي نشاط تمارسه. ثم أخذ مبدأ الحصانة المطلقة للدول الأجنبية يتحدد بعد زيادة تدخل الدول في كل مجالات النشاط التي كانت في الماضي وقفا على القطاع الخاص وحده صارت الدولة في يومنا هذا تسهم بقسط كبير في الحياة الاقتصادية تجاريا او صناعيا. ولم يعد من الانصاف بعد تغلغل الدولة هذا، حرمان الأفراد المتعاملين معها من حق الالتجاء الى القضاء لحماية حقوقهم .

ولهذا دعا جانب كبير من الفقهاء الى التفرقة بين شخصية الدولة كصاحبة سيادة حيث تتمتع بالحصانة القضائية وبين شخصيتها كفرد عادي تباشر التصرفات كما يباشرها الأفراد في ميدان القانون الخاص والتي يقتضي عدم الاعتراف لها بالحصانة القضائية ولا تعفى فيها من الخضوع لولاية القضاء في الدول الأخرى .

وقد واجهت القضاء في دول متعددة مشكلة تمتع أو عدم تمتع المشروع العام الأجنبي Interprise Puplique بالصحانة القضائية التي تتمتع بها الدول الأجنبية التي ينتمي اليها. فذهبت بعض المحاكم الى عدم الاعتراف للمشروع العام الأجنبي بالحصانة لاستقلال شخصيته عن الدولة التي أنشأته. وعلقت محاكم أخرى التمتع بالحصانة على الغاية التي تقام من أجلها، فإن كان إنشاؤه بقصد تحقيق غاية وطنية فيلزم الاعتراف له بالحصانة القضائية وإن كان بقصد تحقيق غاية تجارية فلا يعفى من ولاية المحاكم. واتجهت محاكم دول أخرى الى وجوب الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل الذي يقوم به المشرَوع العام الأجنبي .

فإذا كان عمله يدخل ضمن الاطار المكون أجهزة الدولة فانه يندمج عندئذ في

١ - الدكتور علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة السابعة ١٩٦٥ رقم ٥٧ وما بعدها .

شخصية الدولة ويعامل معاملة الدولة من حيث تمتعه او عدم تمتعه او بالحصانة القضائية. فامتناع البنك الاسباني فى باريس بتعليمات من الحكومة الاسبانية من ابدال العملات الجديدة بالقديمة بمقتضى أوامر مباشرة من الحكومة الاسبانية اعتبرته محكمة النقض الفرنسية (١) فى هذه الحالة ممثلا للحكومة الاسبانية وعدت عمله من اعمال السيادة لا يخضع لولاية القضاء(٢).

ويعود الامر الى القاضى الوطنى لتحديد ما اذا كان المشروع العام الاجنبى يدخل ضمن الاطار المكون لأجهزة الدولة الأجنبية، او لا يدخل ضمنها فاذا اتضح له أن عمله يدخل فى وظائف الدولة عليه عند ذاك أن يحدد ما اذا كان عمل الدولة هذا مشمولا بالحصانة القضائية ام لا.

وظهر اتجاه جديد فى تحديد نطاق الحصانة القضائية للدول والمؤسسات العامة الاجنبية. ويقوم على فكرة المساواه فى المعاملة بين الدولة الاجنبية والدولة الوطنية ومعنى ذلك أنه اذا كان النشاط الذى تمارسه الدولة الأجنبية يخرج عن نطاق اختصاص المحاكم الوطنية فيما لو باشرته الدولة الوطنية فتعامل عند ذلك الدولة الاجنبية بذات المعاملة ولا تنظر المحاكم الوطنية الدعوى المقامة على الدولة الأجنبية فى هذا المجال.

وقد رد على هذا بالقول ان عدم امكانية النظر فى الدعاوى التى ترفع على السلطة الوطنية أساسه مبدأ الفصل بين السلطات فى داخل الدولة فى حين تقوم الحصانة القضائية للدول الاجنبية على اعتبارات اخرى وهي استقلالها وسيادتها او على أساس فكرة المجاملة. ولهذا فالتشبيه فى المعاملة بين الدولة الاجنبية والدولة الوطنية غير وارد.

وقد يكون من المفيد عند النظر فى موضوع الحصانة القضائية النظر الى الصلة

---

١ ـ . REVUE CRITIQRES 1953 P. 425

٢ ـ راجع تفصيل ذلك مجلة مصر المعاصرة يناير سنة ١٩٦٦ في مركز المشروعات العامة في ـ القانون الدولي الخاص الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض .

القــائمــة بين المنازعــات ووظائف الدولة الأجنبية وفقا لما يراه القانون العام للدولة الاجنبــيــة. فــاذا كــان النشــاط الذى تقــوم به الدولة الاجنبية يعتبر، وفقا لقانونها العــام، من وظائف الدولة انتــفــعت الدولة الأجنبــية او المؤسسة العامة التابعة لها بالحصانة، وإلا فلا[1].

ونعــتقد ان الاخذ بوجه النظر هذه تؤدى الى ان السلطات القضائية ستعمل بما يرسمه المشرع الاجنبى لا بما يميله عليها المشرع الوطني .

امــا بشأن المنظمات الدوليــة : كهيئة الامم المتحدة والبنك الدولى ومحكمة العدل الدوليــة ومنظمــة العــمل الدوليــة وجــامــعة الدول العربية، فان تمتعها بالحصانة القضائية تقرره الاتفاقيات الدولية التى تنشأ بموجبها، فان نص عليها فى الاتفاقية تمتعت المنظمة بالحصانة والا فلا.

ومن المنظمات الدولية التى اقرت الحصانة القضائية لها ولممثلي الدول فيها هى منظمــة الامم المتحدة باتفاقيتها الخاصة بالامتيازات والحصانات القضائية والمعقود فى ١٣ فبراير (شــباط) عام ١٩٤٦[2]، وجــامــعة الدول العربية فى اتفاقية ١٠مايو (اذار) ١٩٥٣[3].

٢ ـ الحــصــانة القضائية لرؤساء الدول الاجنبية وللمبعوثين الدبلوماسيين من اقــدم انواع الحــصانات التى اقرها العرف الدولي تلك التى يتمتع بها رؤساء الدول الاجنبــية والمبعوثون الدبلوماسيون من رئيس البعثة ومستشارين وملحقين وكتبة بشرط ان تثــبت لهم صــفــتــهم الدبلومــاسية. فهؤلاء جميعهم لا يخضعون لولاية القــضــاء وذلك بالنســبة لرئيس الدولة على اساس المجاملة لشخصــه، اما بالنسبة للمثلين الدبلوماسيين فان اساسـها تمكينهم من مزاولة اعمالهم.

والحصانة القضائية لهؤلاء الاشخاص لم تجابه بصعوبة من حيث المبدأ، الا ان

١ ـ دكتور ماجد الحلوني ـ مذكرات القانون الدولي الخاص ـ الكويت : ١٩٧٢ ـ ١٩٧٣ ص١٢٦

٢ ـ تســتند هذه الاتفاقية الى المادة ١٠٥ من مــيــثاق الامم المتحدة ، راجع في ذلك التنظيم الدولي العالمي ، الدكتور محمد عزيز شكري ص ١٣٩ دار الفكر ١٩٧٣ .

٣ ـ دكتور حلواني مذكرات ص١٢٦ .

الخلاف فى العمل يظهر واضحا فى التطبيق بشأن مدى الحصانة.

فبالنسبة لرئيس الدولة مثلا يدعو الرأي السائد فقها وقضاء الى التفرقة بين التصرفات التى يباشرها رئيس الدولة بوصفه رئيسا وفيها يتمتع بالحصانة القضائية وبين التصرفات المتعلقة بحياته الخاصة والتى تخضع فيها لولاية قضاء الدولة(١).

وَهناك رأي يدعو الى الاعتراف لرؤساء الدولة بالحصانة المطلقة فى كل تصرفاتهم (٢)، وتشمل حصانة رئيس الدولة أفراد اسرته ومرافقيه وحاشيته وهي محددة بولايتة فتنتهى بانتهاء.

أما المبعوثون الدبلوماسيون فان اتفاقية فينا المبرمة سنة١٩٦١ والتى صادق عليها العراق بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٦٨(٣). والاردن في ٢٩/ ٧/ ٩٧١ أكدت القواعد التى اختطها العرف الدولى بخصوص اعفاء المبعوثين الدبلوماسيين من الخضوع للقضاء المحلي فى الدولة الموفدين اليها، فهم يتمتعون بهذه الحصانة فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة التى اعتمدوا لديها وهي حصانة مطلقة. اما فيما يتعلق بقضائها المدني والادارى فان الحصانة القضائية المدنية تكون فيه مطلقة للاعمال الرسمية، ومقيدة للاعمال الخاصة فهم لا يتمتعون بالحصانة فى بعض الحالات (كالدعاوى العينية المتعلقة بالاموال العقارية الخاصة الكائنة فى اقليم الدولة المعتمد لديها - ما لم تكن حيازتهم لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها فى اغراض البعثة - والدعاوى المتعلقة بالارث، والدعاوى المتعلقة باي نشاط مهنى او تجارى يمارسونه خارج وظائفهم)(٤).

---

١ - Niboyet ج٦ فقرة ١٧٨٧ منقول عن دكتور عز الدين عبدالله، المذكور، ص٧٧٠ فالنزاع المتعلق بشراء اثاث خاص بمكتب الرئاسة لا يخضع لولاية القضاء اما اذا تعلق النزاع بشراء اثاث خاص فانه يخضع لولاية القضاء.

٢ - انظر دكتور علي صادق ابو هيف في القانون الدبلوماسي ١٩٦٧ ص٤٥ وما بعدها.

٣ - د. سهيل العتلاوي. الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي، بغداد: ١٩٨٠، ص١٥٩.

٤ - راجع المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص المجلد الحادي والعشرون، ١٩٦٥ ص٨٩، الحصانة القضائية للمبعوثين الدبلوماسيين للدكتورة عائشة راتب.

ولهذا فـان الممـثل الدبلومـاسى يعـفى من الحضور امام محاكم الدولة المعتمد لديها ولا يجوز رفع الدعـوى عليـه الا فى الاحـالات الاستثنائية المشار اليها. ولكن هذا لا يمنع من رفع الدعوى عليه بصفته الشخصية فى بلده ويكون ذلك بطلب من الدولة المعـتمد لديها. وفي حالة رفض طلب الدولة المعتمدة مقاضاته امام محاكمها ففى مقدور الدولة المعتمد لديها ان تتخذ الاجراءات الضاغطة كفرض رقابة عليه او حـتى تسـفيره وفى مـقـدور الممـثل الدبلومـاسي ان يتنازل عن الحـصـانة المقررة لمصلحـتـه والحـضـور للمحـاكـمة بشرط ان توافق الدولة التى اعتمدته. وتشمل الحـصـانة الممـثل وأفراد اسرته والمقيمين معه. اما الضباط القنصليون والموظفون فـانهم لا يخضـعـون للولاية القـضـائيـة للدولة المسـتقبلة بالنسبة للاعمال التى يضطلعون بها ممارسة منهم للواجبات القنصلية فقط.

الفصل الثاني

الاختصاص القضائى فى القانون الاردنى

المبحث الاول

الاختصاص القضائى الدولى

للمحاكم الاردنية

بينا فيما تقدم المبادىء العامة التى بنى عليها الاختصاص الدولى للمحاكم. وواضح بان الاختصاص القضائى منه ما كان اصليا يقوم على معايير اقليمية او شخصية ومنه ما كان طارئا (كالخضوع الإرادى او الارتباط او الاجراءات).

وقد أخذ المشرع الاردني بهذه الضوابط صراحة او ضمنا بتصديه لتنظيم الاختصاص القضائي الدولي فى الباب الاول من قانون اصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨. حيث رسمت الفقرة الاولى من المادة (٢٧) منه القاعدة العامة لهذا الاختصاص بقولها « تمارس المحاكم النظامية فى المملكة الاردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الاشخاص فى المواد المدنية، باستثناء المواد التى قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية او محاكم خاصة بموجب احكام اي قانون اخر».

وقد عددت كل من المادتين (٢٧) بفقرتيها الثانية والثالثة و(٢٨) من قانون اصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الحالات التى يولى فيها الاختصاص الدولي للمحاكم الاردنية مع تحديد الضوابط التى يقوم عليها هذا الاختصاص. ولم يرد فى هذا التعداد ذكر صريح للاختصاص الذى يقوم على اساس الصفة الوطنية للمدعَى عليه. ومع ذلك فاننا نرى بان المحاكم الاردنية مختصة بالنظر فى الدعاوى التى تقام على الاردني على اساس الصفة الوطنية . لهذا سنبدأ بالتصدى لاختصاص المحاكم الاردنية المبني على الصفة الوطنية للمدعى عليه ثم تنتقل الى ضوابط الاخرى فى العرض الآتي : ـ

أولاً ـ الصفة الوطنية للمدعى عليه :

لم يعرض قانون اصول المحاكمات فى البيان الخاص بالاختصاص الدولى للمحاكم الاردنية للاختصاص القائم على اساس الصفة الوطنية (الاردنية) فى المدعى عليه. فى حين نصت صراحة على ذلك قوانين دول اخرى كالقانون العراقي المصرى فالمادة (١٤) مدنى عراقى نصت على ان «يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب فى ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها فى الخارج» (١). وكذلك نصت المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصرى على ان « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن او محل اقامة في الجمهورية ....»(٢).

ورغم خلو القانون الاردنى من نص صريح يعقد الاختصاص القضائى على اساس الصفة الوطنية فاننا نعتقد بأن المحاكم الاردنية مختصة بالنظر بالدعاوى التى تقام على الاردني وبمجرد كونه أردني. وفى مقدورنا ان نلتمس هذا الاختصاص مما يلي : ـ

١ ـ ان الفقرة الاولى من المادة (٢٧) من قانون ٢٤ لسنة ١٩٨٨ قد أولت المحاكم الاردنية حق القضاء على جميع الاشخاص فى المواد المدنية ما لم يرد نص خاص يستثني الأردني من ولاية القضاء الأردني يبقى هذا الاختصاص معقودا له .

٢ ـ لو اطلعنا على المادة ٢٨ من أصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ لوجدنا انها تتحدث عن اختصاص المحاكم الاردنية في الدعاوى التي يكون المدعى عليه فيها أجنبيا . ببيان الحالات التي يعقد فيها الاختصاص للقضاء الأردنى بالنزاع المرفوع على الأجنبي . في حين لم يرد ذكر للاختصاص المبني على

---

١ ـ انظر للمؤلف الدكتور حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ـ سنة ١٩٧٢ ، ص٢٣٨ .

٢ ـ دكتور فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد ـ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ـ ١٩٨٧ ، ص٤٩٨ .

أساس الصفة الوطنية، فهذا ان دل على شيء فانما يدل على ان هذا الاختصاص مسلم به لان الاختصاص على اساس الصفة الوطنية هو مبدأ معترف به اساسه سيادة الدولة على رعاياها.

٣ ـ ان مقاضاه الوطنى امام محاكم الوطنية يتفق مع مصلحته لأنه وفى اغلب الاحيان متوطن فى بلده فيقتضى ان تقام الدعوى عليه امام محاكمه الوطنية عملا بمبدأ عام مفادة ان المدعى يتبع المدعى عليه.

ثانياً ـ توطن الأجنبي فى الاردن :

واذا ليس هناك نص صريح يعقد الاختصاص للمحاكم الاردنية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى المتوطن فى المملكة الاردنية الهاشمية او كان له محل اقامة فيها فاننا نرى اختصاص هذه المحاكم فى مثل هذه الدعوى وهذا ما يمكن استنتاجه من المادة (٢٨) من قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والتى تنص على ما يلي:ـ «تختص محاكم الاردن بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الاردن وذلك فى الاحوال (١)...». نفهم من هذا النص ان المحاكم الاردنية مختصة بالنظر بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن ولا محل اقامة فى الاردن اذا توافرت فيه شروط احدى الحالات التى يشير اليه النص، فان لم يتوفر احدها فلا يخضع الأجنبى غير المتوطن او المقيم لولاية القضاء الاردنى. فان كان غير المتوطن لا يخضع لاختصاص المحاكم الاردنية الا بشروط فأنى ارى ان المعنى المخالف بهذا النص يوجب ضمنا ان يكون اختصاص المحاكم الاردنية بالنظر فى الدعاوى التى ترفع على الأجنبى المتوطن او المقيم فى الاردن.

ويقصد بالموطن المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة وهذا ما عبرت عنه المادة (١٧) من قانون اصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، اما محل الاقامة فهو

---

١ ـ والاحوال التي عددتها لمادة ٢٨ هي : ١ ـ اذا كان له في الاردن موطن مختار ٢ ـ اذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الاردن ٣ ـ اذا كان احد المدعى عليهم متوطناً في الاردن .

بالنسبة للمادة (١٧) ايضـا المكان الذى يبـاشر فـيـه الشخص تجارة او حرفة او يقوم على ادارة أمواله فيه وهو المكان الذى يؤدى فيه الموظف او العامل عمله.

ويبرر اخـتـصـاص القضاء الاردنى للنظر بالدعوى التى يكون فيه المدعى عليه مـتـوطنا او عـاملا فى الاردن بمبدأ الولاية القضائية التى تشمل جميع الاشخاص الموجـودين فوق اقليم الدولة والذى قررته الفقرة الاولى من المادة (٢٧) من قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ السـالفـة الذكر ويعتبر موطن المدعى عليه اهم اساس يقوم عليه الاختصاص القضائى الداخلى دون تفريق بين الوطني والأجنبي.

ويظهـر وجـود الشخص الاعتباري فى المملكة الأردنية الهاشمية بوجود مركزه الرئيـسى فى المملكة ، واذا كـان له فـرع فـيـهـا ، فالقضاء الاردنى يعتبر مختصا بالنظر بالدعاوى التى تتعلق بأعمال الفرع فقط[1].

ثالثا ـ الموطن المختار :

واذا لم يكن للأجنبى مـوطن عام فى الاردن فان المحاكم الاردنية تختص بالنظر بالدعـاوى التى تقـام عليه اذا كان له موطن مختار فيها لتنفيذ عمل قانونى معين. ولا يتم اثبـات الموطن المخـتـار الا بالكتابة ويقتصر اختصاص المحاكم الاردنية فى هذا الشأن على الدعـاوى المتـعلقـة بالعـمل القـانونى الذى تم اختيار موطن له فى المملكة الاردنيـة الهاشمية. المادة ٢٨ قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ تـنص على انه: تخـتـص محاكم الاردن بنظر الدعـاوى التى ترفع على الأجنبي .... اذا كـان له فى الاردن موطن مختار.

ويشـمل اخـتـصـاص المحـاكم الاردنية بالنسبة للعمل الذى اختير له موطنا فى المملكة كـافـة الدعاوى التى تتعلق بهذا العمل ما لم يشترط صراحة على قصره على أعمال دون أخرى (م ١٩ أصول المحاكمات المدنية).

١ ـ حـيث لم يرد ما يثبت ان للشركة المدعى عليها فرع او وكيل في المملكة الاردنية الهاشمية فقد ردت الدعوى لعدم صلاحية محكمة عمان قرار تميز حقوق ٨٩٠/ ٩٧٩ مجلة المحامين السنة ٢٨ عدد ١ ص٤٩٧ .

رابعا ـ الدعاوى المتعلقة بمال موجرد فى الاردن :

وتختص المحاكم الاردنية حسبما ورد فى الفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون اصول المحاكمات بالنظر فى الدعاوى التي تقام على الأجنبى حتى ولو لم يكن له موطن او محل اقامة فى المملكة الاردنية الهاشمية اذا تعلقت الدعوى بمال منقول او غير منقول موجود فى الاردن ويصدق هذا على الدعاوى العينية والشخصية (كالايجار) والدعاوى المختلطة كدعوى المالك على البائع بتسليم المبيع. والوقت الذى يعتد به لتحديد موقع المنقول فى الأردن هو وقت اقامة الدعوى.

خامسا ـ الدعوى التى تتعلق بالتزام :

عقدت الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون اصول المحاكمات ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الاختصاص للمحاكم الاردنية فى الدعاوى التى تقام على الاجنبى حتى ولو لم يكن له موطن فى الاردن وذلك اذا كان موضوع الدعوى يتعلق بالتزام نشأ او نفذ او كان واجبا تنفيذه فى المملكة الاردنية الهاشمية او كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر فيها وينعقد الاختصاص للمحاكم الاردنية سواء كان الالتزام قد نشأ عن عقد او فعل ضار او نافع تم حدوثه فى المملكة الاردنية الهاشمية. وبهذا اخذت محكمة التمييز الاردنية، حين قضت باختصاص محكمة عمان بالنظر بالدعوى بصدور الشيك فى عمان ولو انه كان مسحوبا على بنك خارج [1] الاردن.

وتختص المحاكم الاردنية ايضا بالنظر فى الدعوى التى تتعلق بالتزام نشأ فى الخارج اذا كان نفاذه قد تم فى الاردن او كان واجب التنفيذ فيها. اما بالنسبة لدعوى الافلاس فيكفى ثبوت الاختصاص للمحاكم الاردنية ان يصدر اشهار الافلاس فى المحاكم الاردنية.

سادسا ـ اذا كان لأحد المدعى عليهم موطن او محل اقامة فى الاردن :

فى حالة تعدد المدعى عليهم فان الفقرة الثانية من المادة (٢٨) وعملا بوحدة

١ ـ قرار تميز حقوق ٤٧٠/ ٩٨٦ ـ مجلة المحامين العدد السابع والثلاثين ص٢٠٠٩ .

الاخـتصاص اكتفت لانعقاد الاختصاص للمحاكم الاردنية للنظر بالدعوى ان يكون احد المدعى عليهم له موطن او محل اقامة فى الاردن.

ويشترط لعقد الاختصاص فى مثل هذا الامر وحدة موضوع الطلبات وسببه ويشترط فى المدعى عليه الذى له موطن او محل اقامة فى الاردن ان يكون خصما فى الدعوى بصفة أصلية لا بصفة إحتياطية كما لو كان وكيلا. ثم يلزم ان يعقد الاختصاص القضائى بالنسبة اليه على اساس التوطن او محل الاقامة لا على اساس اخر كالخضوع الارادى.

سابعا ـ الخضوع الارادي :

ويثبت الاختصاص القضائى للمحاكم الاردنية للنظر فى الدعاوى التى تقام على الأجنبى بقبول الخصوم للخضوع لولايتها وقد نص على ذلك فى الفقرة الثالثة من المادة السابعة والعشرين بقولها «تختص المحاكم الاردنية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحة او ضمنا».

يتم القبول بالخضوع الارادى لولاية المحاكم الاردنية بالنص عليه فى التصرف القانونى الذي أقيمت الدعوى بشأنه كما لو اتفق المتعاقدان على ان تكون المحاكم الاردنية ذات اختصاص فى فصل النزاع المحتمل الظهور فى علاقتهم القانونية. اما القبول الضمنى فيستخلص من حضور المدعى عليه الأجنبى امام المحكمة الاردنية المرفوع امامها النزاع دون ان يدفع بعدم الاختصاص فى بدء الخصومة وسكوته هذا يدل على قبوله لولاية لقضاء الاردنى. والأجنبى سواء كان شخصا طبيعيا او حكميا يمكن ان يخضع لسلطة القضاء الاردنى باختياره.

ولا يحمل عدم حضور الأجنبى امام المحاكم الاردنية على قبول ضمنى لمحاكمته غيابيا وانما يتعين على المحكمة فى هذه الحالة اذا ما وجدت انها غير مختصة بالنظر فى النزاع ان تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها هذا ما نصت عليه المادة (٢٩) من قانون اصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ بقولها «اذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الاردنية غير مختصة بنظر الدعوى، طبقا للمواد السابقة، تحكم المحكمة بعدم أختصاصها من تلقاء نفسها».

ان الخضوع الارادي لصالح القضاء الاردني لا اعتراض عليه لأنه يؤدي إلى امتداد لولاية القضاء الاردني على قضايا ليست من اختصاصه. اما الخضوع لولاية القضاء الأجنبي فقد يؤدي الى نزع اختصاص القضاء الوطني، فهل نقبل ذلك ؟ سيكون ردنا على هذا التساؤل بالايجاب واننا نعتمد في هذا على تطبيق قضائي ونص تشريعي : -

١ - **التطبيق القضائي** : جاء في قرار لمحكمة التمييز رقم ٢٨/ ١٩٨١ «حيث أن الفريقين قد اتفقا بمقتضى العقد على أن أي خلاف ناشيء عن هذه البوليصة يجب ان يرفع الى محكمة البلد الذي يكون للناقل فيه مركز رئيس للعمل، وحيث ان المركز الرئيس ليس في عمان فيكون هذا الاختيار ملزما للطرفين» (١) . وهذا يدل على اقرار مبدأ الخضوع الارادي للقضاء الاجنبي .

٢ - **نص تشريعي** : صدر قانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ معدلاً لقانون التجارة البحرية تضمن نصاً يعتبر باطلاً الشرط الوارد في بوالص الشحن بنزع اختصاص المحاكم الاردنية . وعلى رأيي إن هذا النص هو استثناء من مبدأ عام يجيز الخضوع الارادي للقضاء الاجنبي .

ثامناً - المسائل الاولية والطلبات العارضة :

أولت الفقرة الثالثة من المادة (٢٧) الاختصاص للمحاكم الاردنية للنظر في المسائل الاولية والطلبات المرتبطة بالدعوى الاصلية بقولها «اذا رفعت للمحاكم الاردنية دعوى داخلة في اختصاصها إنها تكون مختصة ايضا بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الاصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر فيها» .

فالمحكمة الاردنية المرفوعة امامها دعوى على أجنبي داخلة في اختصاصها تكون مختصة بالفصل في المسائل الاولية التي لزم البت فيها ولو لم تكن مختصة فيها فيما لو رفعت امامها بدعوى ابتداء .

---

١ - نقابة المحامين السنة ٢٩ عدد ١٢ ص ٢٠٢٨ .

وتعتبر من المسائل الاولية التى يلزم البت فيها قبل النظر فى الدعوى تحديد الجنسية او الموطن. فلو اقيمت دعوى تتعلق بميراث وادعى الخصم بان المدعى أجنبي والقانون المختص لا يورث الاجنبى مثلا فالبت فى الدعوى يستلزم البت فى موضوع الجنسية اولا.

اما الطلبات العارضة المرتبطة بالدعوى الاصلية فهي التي يطرحها الخصوم مع ما فيها من زيادة او نقص او اضافة والطلب قد يقدم من المدعى عليه ضد المدعي ردا على دعواه ، وقد يقدم من المدعى فى صورة طلبات اضافية وقد يقدم من الغير (كادخال شخص ثالث). وتختص المحكمة الاردنية بالنظر فى كل طلب يرتبط بالدعوى التى ثبت بها فيها الاختصاص اذا ما كن حسن سير العدالة يقضى ان تنظر فيها. وذلك لغرض فض جميع جوانب النزاع بين الخصوم كما لو طلب المدعي من وكيله تسليمه المستندات الخاصة فرفع الوكيل دعوى يطالب فيها بأتعابه ومصاريفه. ومن الطلبات العارضة طلب المقاصة القضائية[1].

تاسعا ـ الاجراءات الوقتية والتحفظية :

أولى البند الأخير من الفقرة الثالثة من المادة (٢٧) من قانون اصول المحاكمات رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الاختصاص بالاجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ فى الاردن الى المحاكم الاردنية ولو كانت المحكمة الاردنية غير مختصة بالدعوى الاصلية لأن عدم قيام المحكمة الاردنية بهذه الاجراءات قد يكون اضرارا بمصالح الخصوم وضياعا لحقوقهم. ولتحاشي وقوع الضرر اعتبرت المحاكم الاردنية مختصة بالنظر فى الاجراءات الوقتية والتحفظية كتقرير نفقة وقتية للزوجة او للمتضرر وكذلك القيام بالحجوز التحفظية التى توقع فى الاردن وكذلك بوضع الاختام وجرد الاموال......الخ.

---

١ ـ الدكتور مفلح عودة القضاء ـ اصول المحاكمات الاردنية والتنظيم القضائي في الاردن ص٢٤١ .

الفصل الثالث

كيفية سير المرافعات فى الدعوى

لكل دولة من الدول اجرءات معينة يجرى اتباعها فى سير المرافعات امام القضاء من وقت رفع الدعوى الى حين صدور حكم نهائى فيها ويلى ذلك اجراءات معينة فى تنفـيـذ الحكم الصـادر بها. واختلاف قواعد المرافعات والتنفيذ فى قوانين الدول يثير التنازع فـيما بينها ويفرض ذلك علينا تحديد الاجراءات الواجبة الاتباع فى الدعاوى المتـعلقة بعلاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبى. فهل تتبع القواعد المقررة فى قانون الدولة التى رفع النزاع امـام احـدى محاكـمـهـا ام انه يجب اتبـاع اجراءات قانون اخر؟

من المتـفق عليـه بصـورة عامة ان قواعد المرافعات تخضع لقانون القاضي الذى رفـعت امـامـه الدعـوى بصرف النظر عن كون العلاقة وطنية بجميع عناصرها او كونها مشوبة بعنصر أجنبى ويبرر ذلك بما يلي : ـ

تَعـتبر قـواعـد المرافـعـات من النظام العام لكل دولة لذا لا يمكن الخروج عليها لأنها مـرتبطة بالصالح العام والنظام الاجتماعى للدولة. هذا من ناحية ومن ناحية اخـرى يبرر اختصاص قانون القاضي بأن القاضي يستمد سلطته من قانونه وعليه ان يتـبع اوامـر مشرعه ويعمل بالقواعد الوطنية بما فى ذلك قواعد المرافعات التى نص عليها قانونه لا تلك التى نص عليها قانون دولة اخرى.

وبهذا أخـذ القـانون الأردنى فى المادة (٢٣) من القـانون المدنى بقولها «يسرى قـانون البلد الذى تقـام فيه الدعوى او تباشر فيه اجراءاتها على قواعد الاختصاص واجراءات التقاضى».

وقد يكون من المتعذر اعمال هذا الحكم فى المحاكم الأجنبية لأن القاضـى الأجنبى لا يمـتثل الى امر مشرعنا وليس فى مقدورنا ان نفرض عليه اتباع الاجراءات المقررة فى قـانونه، وكـان الأفـضل ان يكتفى المشرع الأردنى بإلزام المحاكم الأردنية باتباع الاجـراءات المقـررة فى القـانون الأردني كلما كانت الدعوى منظورة من قبل المحاكم الاردنيـة، ولا فـرق فى هذا مـا اذا كـانت العـلاقـة القانونية موضوع النزاع وطنية

بجميع عناصرها ام انتابها شائبة أجنبية.

وعليـه فـان القاضي الاردني يتبع بالنسبة للاجراءات اللازم مباشرتها الى ما هو مقـرر في القـانون الاردنى كـقـانون اصـول المحـاكمات الحقوقية وقواعد قانون الاجـراء ، ومع ان القـاعـدة هي خضوع الاجراءات الى القانون الأردنى فان الصفة الأجنبـيـة فى النزاع قـد تؤثر على القـواعـد المنظمة لأصول المحاكمات فتتبع احكام خـاصـة لتبليغ وحضور الاشخاص المقيمين فى الخارج ، اذ يتم تبليغ المقيم خارج الاردن بالطرق الدبلومـاسـيـة وقـد تتـبع قواعد المرافعات المقررة فى قانون الدولة الأجنبية ، واذا وجدت معاهدة تنص على طريقة خاصة يلزم اتباعها.

وتأخـذ بعض القـوانين بالمسـافـات الخـارجية لتحديد مواعيد المرافعات مراعاة لمحل اقـامة المطلوب تبليغه وقد تؤدى الصفة الأجنبية فى الدعوى الى القيام ببعض الأعمال القـضائية فى دولة اخرى غير الدولة التى رفع النزاع امام محاكمها كسماع الشـهـود او اداء خبرة فى دولة اخـرى، وفى مثل هذه الأحوال تؤدى هذه المهمة عن طريق الإنابة القضائية بأن تطلب المحكمة المرفوع امامها النزاع الى المحكمة الاجنبية القـيـام بهذه الأعمال نيـابة عنها (١). ويقـدم هذا الطلب بالطرق الدبلومـاسـية او مـبـاشرة فى حـالة وجود اتفاق خاص بين الدولتين بهذا الشأن والسلطة القضائية المكلفـة بأن تقـوم بالاجراءات المطلوبة فتتبع في ذلك بالإجراءات القانونية الواردة في قانونها (٢) .

---

١ ـ م١٤ أتفـاقـيـة الرياض : «لكل طرف مـتعاقد ان يطلب الى اي طرف متعاقد آخر ان يقوم في اقليـمـه نيـابة عنه بأي اجـراء قـضـائي يتـعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم واجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين» .

٢ ـ م١١ أتفـاقـية الرياض «يجري اعلان او تبليغ الوثائق والاوراق من قبل الجهة المختصة لدى الطرف المتـعاقد المطلوب اليه ذلك ، وفقاً للأحكام القانونية المرعية لديه ، ويجوز تسليمها الى المطلوب اعـلانه او ابلاغـه اذا قـبلها بأختياره . ويجوز اجراء الاعلان او التبليغ وفقاً لطريقة خاصة تحددها الجهة الطالبة بشرط الا تتعارض مع القوانين المرعية لدى الجهة المطلوب اليها القيام بذلك» .

وجـاء في المادة الثانية من اتفاقية الاعلانات والانابات القضائية لاتفاقية جامعة الدول العربية لسنة ١٩٥٢ الآتى :

«يجري الاعلان طبقاً للاجراءات المقررة لذلك بقوانين الدولة المطلوب اليها الاعلان ..» .

ويلاحظ ان الإنابة القضائية والتبليغات الى خارج الاردن تجران الى تطبيق قواعد المرافعات الأجنبية بمقدار المهمة المناطة بالسلطة الأجنبية ، اي ان الصفة الأجنبية فى الدعوى قد تؤدى الى تطبيق بعض قواعد مرفعات القانون الأجنبى، وتبقى مع ذلك قاعدة خضوع اجراءات المرافعات الى قانون المحكمة المرفوع امامها النزاع.

المسائل التي تعتبر من قواعد المرافعات :

قلنا بأن القاعدة العامة هي خضوع الدعوى لقواعد المرافعات المتبعة فى المحكمة المرفوع امامها النزاع ولكننا لم نحدد المقصود بقواعد المرافعات وما تشمله هذه القواعد.

من المتفق عليه ان قواعد المرافعات والتى تخضع للقانون الأردنى تشمل ما يلى:ـ

١ـ قواعد المرافعات واجراءاتها :

كطرق المطالبة القضائية والاجراءات التى تتخذ اثناء نظر الدعوى ابتداء من المطالبة القضائية الى وقت صدور الحكم فافتتاح الدعوى وقيدها والتبليغ والمرافعة ومراحل المحاكمة وطرق الطعن ومواعيد الحضور وانقطاعها وانقضائها بالحكم او بدونه والرسوم الواجب دفعها.

اما الأهلية اللازمة فيجب التفريق بين أهلية حق التقاضي والأهلية اللازمة لمباشرة حق التقاضي ، فالأهلية اللازمة للتقاضي تحددها القواعد الإقليمية لقانون المحكمة التى يراد اقامة الدعوى امامها فهي بهذا من قواعد المرافعات ويكون لقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع ان يجيز او لا يجيز للأجانب الترافع امام محاكمه، ولم يقيد قانون المرافعات رقم ٢٤ لسنة١٩٨٨ من اهلية الأجنبى فى اللجوء الى القضاء الأردنى ولم يشترط لا الكفالة ولا المقابلة بالمثل. ومؤدى هذا انه يجيز للأجنبى التقاضي امام المحاكم الأردنية.

فاذا اتضح ان قانون المحكمة يجيز للأجنبى التقاضي امامها فعندئذ تبدأ الأهلية اللازمة لمباشرة حق التقاضي ويقتضي تحديد القانون الذى يحكمها فلأي قانون تخضع؟.

لا يعتبر هذا النوع من الأهلية من قواعد المرافعات وانما من الأهلية العامة ولهذا لا تخضع لقانون القاضي وانما تحكمها القواعد العامة فى الأهلية وكما نعلم فان الاختصاص فيها لقانون الجنسية. والمسائل المتعلقة بجوهر الحق كقواعد مرور الزمان المانع من سماع الدعوى والتقادم والمدد اللازمة لذلك فانها لا تعتبر من قواعد المرافعات وتخضع للقانون الواجب التطبيق لحل النزاع لا الى قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

أما الشروط اللازمة للتقاضي كتحديد صفة الخصم فى الدعوى ككون (صاحب الحق وارثا) مثلا. فهي مسألة موضوعية تحكمها القواعد الواردة فى القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد. ففى الميراث مثلا قاعدة الاسناد تخضع الميراث الى قانون جنسية المتوفى، فقانون جنسية المتوفى هو الذى يصار اليه لتحديد صفة الخصم فى الدعوى وهو هنا الوارث.

٢ ـ طرق التنفيذ والتحفظ :

ومن المسلم به اعتبارها من قواعد المرافعات وبناء على ذلك فهي تخضع لقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع ولقانون السلطة المكلفة بمباشرة هذه الاجراءات.

٣ ـ المسائل المتعلقة بالاثبات :

أما بالنسبة للمسائل والقواعد الخاصة بالاثبات فهناك خلاف بشأنها. فمنهم من يعتبرها من المرافعات ويخضعها لقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع بصورة مطلقة ومنهم من يميز بينها ويقسمها الى نوعين ما يتصل منها بفكرة الاجراءات وما يرتبط بموضوع الحق. ويبدو من الصعب تغليب الطابع الاجرائى او الموضوعى لقواعد الاثبات ، ويتعين ان نعرض للمسائل التى تخص الاثبات وهي محل الاثبات وعبئه وادلته لمعرفة القانون الذى تخضع له كل منها.

اولا : محل الاثبـات: على من يتمسك بحق ان يثبت الواقعة القانونية التى يزعم ان القـانون رتب عليـهـا الحق بالحماية. ويخضـع ذلك الى القـانون الذى يحكم الموضـوع ، فأدعـاء المدعى بانه دائن لاخـر يفـرض عليـه اثبات الواقعة او العـمل القـانونى الذى رتب عنه الالتـزام (كأن يكون فعل ضـار اوعقد) فان كـان مصدر الالتزام الفعل الضار فالقانون الذى يحكم الموضوع هو قانون البلد الذى وقع فيه الفعل الضار لا قانون القاضـى ، لان اكتساب الحق طبقا لقـانون يحتم اخضاع وسـائل اثباته الى ذلك القانون ، وأثبات حق عينى يتم بما يقـرره قـانون مـوقع المال، وبالنسـبـة للروابط العـائليـة يخضـع اثبات الموضوع فيها الى قانون الجنسية....الخ.

ثانيا : عبء الاثبـات : ـ ويخضـع عبء الاثبـات لقـانون الموضـوع وان القوانين، فى هذا الشـأن كافة تضـع عبء الاثبات على عاتق المدعى ، فلا تثور بهذا مشكلة تـنازع القـوانين ولكن هناك محل لاثارة تنازع بين القـوانين فى حـالة عـدم نجـاح المدعى فى اثبـات الواقــعـة بتقديم دليل مباشر الامر الذى يقتضـى فيه اللجـوء الى الاثبـات غير المباشر ويكون عن طريق القرينة. والقرينة قد تكون قضائية (١) او قانونية (٢). فـبالنسبة القضائية التى يعود تقديرها الى قناعة القاضـى تخضـع لقانون القاضـى. اما القرينة القانونيةـ كاعتبار مجرد وجود الفـعل الضار قرينة على وجود الخطأ ـ فانها تخضـع لقانون البلد الذى وقـع فـيـه الفـعل منشـىء للالتزام لتحديد ان كانت هناك قرينة قاطعة على وجود الخطأ من جانب من ارتكب الفعل الضار ام لا.

ثالثا : طرق الاثبـات : يختلف الامر بالنسبة الى طرق الاثبات (ادلة الاثبات) المعدة سلفا وغير المعدة سلفا.

---

١ ـ (القـرائن القضائية هي امور ثابتة يستدل منها القاضي بطريق الاستنباط على حقيقة أمر غير ثابت) الدكـتـور مـرقس ، اصـول الاثبـات واجـراءاته في المواد المدنيـة ، الجزء الاول القاهرة ١٩٨١ ص١١ .

٢ ـ القرينة القانونية هي وسيلة يلجأ اليها المشرع ليفرض بها ثبوت أمر لم يقم عليه دليل وذلك عن طريق الاستنباط من ثبوت امور اخرى ، دكتور مرقس المذكور ص٩٦ .

أ ـ ادلة الاثبات المعدة سلفا ، كالمحرر فى عقد الزواج والبيع والوصية تخضع الى قاعدة شكل التصرف لقانون محل ابرامه ، والقاعدة هذه اختيارية اذا ان اكثر القوانين تعطى لاطراف العلاقة القانونية اكثر من خيار لابرام تصرفهم ، فيرجع للقانون الذى تم بموجبة الشكل لمعرفة ما اذا يلزم ام لا يلزم الدليل الكتابى ونوعه وعدد نسخه.....الخ

ب ـ الادلة غير المعدة سلفا: فى هذا الشأن اتجاهان ، اتجاه يخضعها لقانون القاضى واخر اكثر قبولا يذهب الى القول بأنها تتصل اتصالا وثيقا بموضوع الحق المدعى به بما يحتم خضوعها للقانون الذى يحكم الموضوع للقانون القاضي[1] .

وبهذا اخذت المحكمة العليا فى مصر فهي لم تعتبر الرسائل المتبادلة بين الفرنسية وعشيقها دليل اثبات لان الحصول عليها ، بكسر درج الزوجة ، لا يعد مشروعا فيما يفقدها القوة الثبوتية بمقتضى القانون الذى يحكم الموضوع وهو القانون الفرنسى.

رابعا: قوة الدليل : ـ اما بالنسبة للدليل غير المعد سلفا يخضع ايضا للقانون الذى يحكم الموضوع، فمقتضى هذا القانون تقدر قوة كل من الشهادة والقرائن بعضها بأزاء بعض. ومع ذلك القرائن القضائية تقدر قوتها بوصفها دليلا لقانون القاضى المطروح امامه النزاع، لأنها تعد دليلا يتصل بكيفية تكوين إقتناع القاضي[2].

وفيما يتصل بطرق اعمال الادلة فانها تعد قواعد اجراءات بحته ومن قواعد المرافعات وتخضع بهذا لقانون القاضي المرفوع امامه النزاع، فهذا القانون يحكم اداء الشهادة وطريقة تقديم الدليل الكتابي وكيفية تحليف اليمين واسلوب استجواب الخصم واجراءت المظاهات والخطوط والطعن بالتزوير.

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك ، دكتورة حفيظة السيد حداد ، القانون القضائي الخاص الدولي جامعة الاسكندرية ص٩٤ .

٢ ـ دكتورة حفيظة السيد الحداد المذكور ص٢٩٩ .

الباب الثالث

تنفيذ الأحكام الأجنبية

الفصل الأول

آثار الأحكام الأجنبية

واحترام الحقوق المكتسبة

يلحق مسألتي تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بفض النزاع المتعلق بعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبي مسألة أخرى ذات أهمية بالغة وهي قيمة الحق المكتسب فى الخارج ومدى نفاذه فى غير الدولة التي ثبت فيها. إن كان اكتسابه قد تم بمقتضى حكم صادر من هيئة قضائية تابعة لدولة أجنبية ويلحق بذلك أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبي وكذلك الأوامر الأجنبية التي تصدرها هيئات قضائية أجنبية بما لها من وظيفة ولائية وكذلك قيمة الحق اذا كان قد ثبت بمستندرسمى أجنبي. فهل تنال الحقوق المكتسبة فى الخارج التنفيذ وهل تمتد اثار الحقوق الي خارج حدود الدولة التي ثبت فيها؟.

من المبادىء المسلم بها ان اثار الاحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية هي إقليمية وتقتصر على الدولة التي تمت فيها وذلك عملا بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها الذي يفرض عدم تمتع الحكم الأجنبي بقوة النفاذ خارج حدود الدولة التي صدر من محاكمها.

ومع التسليم بذلك إلا أن حاجة المعاملات الدولية تقتضي بأن ينال الحكم الأجنبي النفاذ فى غير الدولة التي صدر من محاكمها إذا ما توافرت شروط معينة وبمقتضى قيود خاصة لأن رفض احترام الحقوق المكتسبة دوليا يتناقض مع قواعد الاختصاص القضائى الدولي التي تتضمن اعترافا ضمنيا للقضاء الأجنبي فى حالات معينة بالاختصاص ، إذ لا جدوى من هذا الاعتراف ما دام كل ما يصدر من تلك المحاكم لا قيمة له.

وللأسباب المتقدمة ولاستمرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع الدولي أقر مبدأ ضرورة احترام الحقوق المكتسبة فى الخارج متى ما ثبت توفر شروط معينة فيها.

وقـد نظم المشرع الأردني هذا الموضـوع بقـانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢. كما انضـمت المملكة الأردنيـة الهاشـمية الى عدة اتفاقيات تقر تنفيذ أحكام محاكم الدول الموقـعـة فـيها ، كاتفاقيات تنفيذ أحكام المحاكم لدول الجامعة العربية وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

الفصل الثاني

تنفيذ الاحكام الاجنبية

فى المملكة الاردنية الهاشمية

عالج المشرع الأردنى مسألة الآثار الدولية للأحكام بقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨/ ٩٥٢ ، ولتيسير الاعتراف باثار الاحكام الأجنبية بأقصر طريق وفى اوسع نطاق ، وعلى وجه التخصيص بالنسبة لاحكام الدول التي لها مع المملكة علاقات اقتصادية او قومية ، فقد ارتبطت المملكة بأتفاقيات مع دول عربية وغير عربية مثل اتفاقية تنفيذ احكام الدول العربية ١٩٥٢ (١) . واتفاقية الرياض للتعاون القضائي ١٩٨٥ (٢). واتفاقية التعاون القانونى والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي ١٩٨٩ (٣) . واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى (٤). واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ الأحكام المتعلقة بقرارات التحكيم الدولية (٥).

ومما لا شك فيه وجود اختلافات بين احكام القانون الداخلي (قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٨/١٩٥٢) والقوانين الاتفاقية. وكذلك وجود اختلافات بين القوَانين الاتفاقية. وسنأتى لاحقا وعند بحث القوانين الاتفاقية على معالجة هذه الاختلافات وبيان طريقة حلها.

وينبغي ان يبين بانه مهما كانت رغبة الدول فى تيسير التمسك بآثار الحكم الأجنبي عن طريق الاتفاقيات الدولية ، فأن ذلك لا يصل الى حد التخلي كاملا عن القواعد المقررة فى هذا الشأن فى قوانينها الداخلية ، اذ لا يتصور المرأ ان تقبل دولة ما ان يرتب الحكم الأجنبي اثاره فى اقليمها من دون مراعاة اجراءات معينة. ودور

---

١ ـ صادقت عليها المملكة فى ٢٨/ ٧/ ١٩٥٤

٢ ـ صدرت الارادة الملكية بالمرافقة عليها ونشرت بعدد الجريدة الرسمية ٣٣٢٩ تاريخ ١٦/ ٧/ ١٩٨٥.

٣ ـ الجريدة الرسمية عدد ٣٦٤٣/ ١٩٨٩ صفحة ١٥٧٦

٤ ـ الجريدة الرسمية عدد ٣٥٢٥ تاريخ ٢/ ١/ ١٩٨٨

٥ ـ انظمت اليها المملكة الاردنية الهاشمية بتاريخ ١٦/ ١/ ١٩٨٨

الاتفاقية قد يقتصر على تحديد الاجراءات اللازمة لتنفيذ احكام محاكم الدول المرتبطة بالإتفاقية وضبطها. اما بالنسبة لاحكام محاكم الدول الاخرى الغير المرتبطة بالاتفاقية ، فتبقى القواعد الداخلية واجبة التطبيق.

لذا يتعين ان نتصدى اولا لتنفيذ احكام محاكم الدول الاجنبية التي لم ترتبط معها المملكة بأتفاقية لتنفيذ الاحكام الاجنبية. ويتم هذا بأعمال قواعد قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٨/ ١٩٥٢. واذا ما فرغنا من ذلك ننتقل الى بحث موضوع تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية فى ضوء قوانين الاتفاقيات.

المبحث الاول
تنفيذ احكام محاكم الدول
غير المرتبطة مع المملكة بأتفاقية

يتم تنفيذ احكام محاكم الدول غير المرتبطة مع المملكة باتفاقية باعمال قواعد قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٨/ ٩٥٢. وقد بين هذا القانون الحكم الاجنبي القابل للتنفيذ وحدد الشروط والاجراءات اللازمة للتنفيذ .

اذ عرفت المادة الثانية من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية الحكم الاجنبي القابل للتنفيذ بأنه «كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الاردنية الهاشمية ، بما فى ذلك المحاكم الدينية يتعلق فى اجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ معين من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ، ويشمل قرار المحكمة من اجراءات التحكيم اذا كان القرار قد اصبح بحكم القانون المعمول به فى البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة فى البلد المذكور».

يتبين مما تقدم ان المادة الثانية قد قصرت التنفيذ على الاحكام التي تقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب اما احكام المحاكم الجنائية والادارية والاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية الصادرة من محاكم الدول التي لم ترتبط بالمملكة باتفاقية فلا يجوز أن تنال التنفيذ في المملكة .

وَقد حدد هذا القانون الشروط اللازمة لصدور القرار لتنفيذ الحكم وبين الاجراءات الواجب اتباعها وذلك على النحو الاتي : -

الاجراءات : -

لا ينفذ الحكم الاجنبي فى المملكة الا اذا صدر به قرار التنفيذ من المحكمة المختصة فى المملكة الاردنية. ولصدور مثل هذا القرار يتعين ان تقام دعوى بطلب تنفيذ الحكم الاجنبي باستدعاء يقدم الى المحكمة البدائية التي تقع ضمن حدود اختصاصها المكاني املاك المحكوم عليه التي يرغب المدعى فى تنفيذ الحكم عليها إذا كان المحكوم عليه لا يقيم فى المملكة الأردنية الهاشمية.

وأوجبت المادة السادسة من القانون الانف الذكر ان يقدم المستدعى الى المحكمة صورة مصدقة عن الحكم المطلوب تنفيذه مع صورة مصدقة عن ترجمتها اذا كان الحكم بغير اللغة العربية وصورة اخرى لتبليغها للمحكوم عليه.

وتتبع فى هذه الدعوى احكام قانون اصول المحاكمات الحقوقية ومؤدى ذلك ان تستدعى المحكمة المحكوم عليه وإذا ما وجدت ان الشروط التي يتطلبها القانون مستوفاة تصدر قرارها بالتنفيذ وبخلاف ذلك فانها ترفض الطلب من غير التعرض لموضوع النزاع الذيَ سبق وان فصل فيه الحكم الاجنبي، ولكن يكون بوسع القاضي ان يتلقى الدفوع الجديدة المتصلة بموضوع الدعوى (دعوى التنفيذ) التي يصبح الحكم بظهورها غير قابل للتنفيذ كليا او جزئيا ، مثل الوفاء بالدين او المقاصة التي تؤدي الى عدم امكانية (عدم تنفيذه كليا او جزئيا) وإذا وجد القاضي ان الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الاجنبي متوافرة يقضي بشمول الحكم الاجنبي بأمر بالتنفيذ كليا ويمكن أن يأمر يتنفيذ جزء من الحكم دون الآخر شريطة أن يكون الفصل بينهما ممكناً .

وتختلف مسألة اصدار الامر بتنفيذ جزء من الحكم عن مسألة الامتناع عن تنفيذه كليا او بصفة جزئية فى ان عدم امكانية التنفيذ لا تنبع من عدم توافر الشروط الاساسية المتطلبة كما هو الحال فى شمول الحكم بالامر بالتنفيذ الجزئي

وانما يعـود عـدم التنفـيـذ لظهـور عـوامل (كالنظام العام) تؤدى الى عدم امكانية تنفيذه كليا او جزئيا[1].

شروط تنفيذ الحكم الأجنبي :

يشترط القانون لتنفيذ الحكم الأجنبي توافر الشروط التالية : ـ

١ـ شرط المقابلة بالمثل :

أجـازت الفـقـرة الثـانيـة من المادة السـابعـة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية للمـحكمـة المطلوب إليـها اصدار قرار بالتنفيذ ان ترفض الاستدعاء المقدم إليها بطلب تنفـيذ حكم صادر من محاكم دولة لا تجيز تنفيذ أحكام المحاكم الأردنية فى بلادها.

وتعليق صـدور قرار التنفيذ على المقابلة بالمثل له فوائده بدفع الدول الاخرى الى احترام احكام المحـاكم الأردنيـة بالسماح بتنفـيـذها فى اقليـمها. والمقابلة بالمثل يمكن أن تكون ثابتـة دبلومـاسـيا اي بمقتضى اتفاقية دولية، أو تشريعيا بصدور تشريع فى الدولة الاجنبـيـة يجيز تنفيذ احكام المحاكم الأردنية ويمكن ان تكون المقـابلة بالمثل مقررة واقعيا اي ان الدولة الاجنبية التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه تنفذ عملا احكام المحاكم الأردنية.

٢ ـ صدور الحكم من محكمة أجنبية مختصة :

يشترط لصـدور قرار بتنفيذ الحكم الأجنبي فى الأردن ان تكون الهيئة القضائية التي اصـدرت الحكم الأجنبي مختـصـة من حيث الوظيفة والصلاحية. فالفقرة الأولى من المادة السـابعة فى بنديها (أ) و (ب) أجازت للمحكمة رفض الطلب اذا لم تكن المحكمـة الأجنبـيـة التي اصـدرت الحكم ذات وظيفة. ويرجع الى قانون المحكمـة الأجنبـية لمعرفة ان كانت المحكمة الاجنبية تعد ذات وظيفة. ام لا ، لأن قـانون كل دولة يتـولى تحـديد التقسيمات القضائية والتوزيع المكاني فيها. اما

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك د. حفيظه السيد الحداد القانون القضائى الدولي الخاص ص٣٨٢.

فـيما يتـعلق بالصـلاحية فأن الاختصاص الدولي يعتمد على ضوابط مثل محل وجـود المال، محل انعـقاد العقد او تنفيذه ، محل نشوء الالتزام ، محل العمل ، مـوطن المدعى عليه ، الخضوع الارادى ، الارتباط ، وتختلف قواعد الاختصاص الدولي بأخـتـلاف القـوانين. وفى حـالة الاخـتلاف بين قانون الدولة المطلوب الى محكمـتـهـا التنفـيـذ مع قانون المحكمة التي اصدرت الحكم فالى أي من هذين القـانونين يرجع فى تحديد الاختصاص الدولي ، ايكون ذلك وفقا لقانون المحكمة المطلوب اليها التنفيذ أم لقانون المحكمة التي أصدرت الحكم؟

لم يرد فى القانون الأردني نص صريح بهذا الشأن. الا ان الفقرة (ب) من المادة (٧) من قـانون التنفـيـذ جـوزت للمـحكمة رفض الطلب «اذا كان المحكوم عليه لم يتـعـاطى اعماله داخل قـضـاء تشمله صلاحية المحكمة التي اصدرت الحكم او لم يـكن مـقـيما داخل قـضـائهـا ولم يحضر بأخـتـيـاره امـام المحكمـة ولم يعترف بصلاحيتها».

فـالمحكمـة الأجنبية تعتبر ذات اختصاص اذا كان المدعى عليه مقيما او يتعاطى اعماله داخل قـضـاء المحكمـة او انه قبل بالخضوع الارادى لها. ويرجع فى تحديد تحـقق اقـامـة المدعى عليه داخل قضاء المحكمة الى قانون الدولة التي تنتسب إليها المحكمة التي يقيم على اقليمها.

والمقـصـود بتـعاطي اعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي اصدرت الحكم الأجنبي هو ذلك التعاطي الذي يتم فيه نشوء الحقوق المتنازع عليها[١] .

وفـيما يتـعلق بأخـتصاص المحكمة الأجنبي المبنى على الخضوع الارادى والذي يمكن ان يتحقق بحضور المدعى عليه باختياره امام المحكمة الأجنبية دون اعتراض على صلاحيتها [٢] او قد يكون الخضوع الارادى صريحا باتفاق اطراف العلاقة على اخـضاع النزاع لولاية المحكمة التي اصدرت القرار المطلوب تنفيذه.

---

١ ـ قـرار محكمـة التمييز الحقوقية رقم ١٩٧٨/٦٧ ـ مجلة نقـابة المحـامين العدد الثانى عشر صفحة ١١١٨ .

٢ ـ فـاذا لم يطعن المدعى عليه امام المحاكم الكويتية بعدم الاختصاص فإنه يكون قد قبل ضمنا اختصاص المحكمة المذكورة، مجلة نقابة المحامين العدد الثالث والرابع، ص ٤٧٥ .

فسواء كان الخضوع الارادى صريحا أو ضمنيا تعتبر المحكمة التي اصدرت الحكم ذات صلاحية حسبما هو منصوص عليه فى الفقرة (ب) فى المادة (٧) الانفة الذكر، شريطة ان لا يؤدى هذا الخضوع الى انتزاع اختصاص المحكمة الأردنية الذي يقرره نص آمر كالقاعدة المنصوص عليها فى قانون رقم ١٩٨٣/٣٥ التي تعتبر باطلا الشرط الوارد فى بوالص الشحن بنزع اختصاص المحاكم الاردنية. واذا كانت الفقرة (ب) من المادة السابعة قد ذكرت ثلاث ضوابط يؤسس عليها الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية التي صدر عنها الحكم وهي الاقامة وتعاطي الاعمال والخضوع الارادى فأنها لم تشر بهذا الى جميع ضوابط الاختصاص. فهل هذا يعنى ان المحكمة الاجنبية اذا اسست اختصاصها على ضابط اخر لا يعتد به ؟ لا نعتقد ذلك ، ونرى ان الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية يقتضي ان يتم تحديده بمقتضى قانونها.

٣ ـ أن تكون الاجراءات المتبعه فى اصدار الحكم الأجنبي سليمة واصولية :

يجيز البند (ج) من المادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية للمحكمة المطلوب اليها اصدار امر التنفيذ رفض الطلب «اذا كان المحكوم عليه لم يبلغ مذكرة الحضور من المحكمة التي اصدرت الحكم ولم يحضر امامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضاء وتشمله صلاحية المحكمة او كان يتعاطى اعماله فيها».

ان الوجود القانوني للحكم فى بلد القاضي الذي اصدره مستلزم اعلان الخصوم بصورة صحيحة وتمكينهم من الحضور والدفاع. وكون المحكوم عليه يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة او كان يتعاطى اعماله فيه غير كاف لسلامة الحكم ولا بد ان يحضر بارادته واختياره او يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي اصدرت الحكم. والغاية من حضوره او تبليغه بالحضور تأمين حقوق الدفاع. ولا يعتد بكل تبليغ الا ان يكون اصوليا فيما يخص اتباع الاجراءات التي يرسمها قانون المحكمة التي اصدرت الحكم. ويشترط لصحة

هذه الاجـراءات ان يكون اطراف الدعـوى قـد مـثلوا فى الدعوى تمثيلا صـحيحا وان تراعى المده المقـرة قـانونا للحـضـور والمرافـعـة بحـسب مـا تقرره قواعد المرافـعـات للمـحكمـة التي صـدر عنهـا الحكم. واذا لم يبلغ المدعى عليه تبليغا اصـوليـا من قـبل المحكمـة التي اصـدرت الحكم فأن من حق المحكمة الأردنية رفض الطلب وان كـان قـانون المحكمـة التي اصدرت الحكم يجيز ذلك وتطبيقا لذلك قـررت محكمـة التـمـيـز في قـرارها ما يلي. «الحكم الأجنبي الذي يصدر خـارج المملكة دون ان يتـاح للمـحكوم عليـه ممارسة حق الدفاع حكم لا يقبل التنفـيـذ فى المملكة ، وعليـه فأن امـر الاداء الصادر عن قاضي الامور الوقتية فى دولة الكويت وفـقا لشروط المادة ١٦٦ حتى ١٧١ من قـانون المرافعات المدنية والتـجـارية الكويتي التي تجـيـز للقـاضي المذكور اصدار امر بأداء الدين دون تكليف المدعى عليه بالحضور امامه هو حكم لا يقبل التنفيذ» .

ويسـتلزم البند (د) من المادة السـابعـة من قانون التنفيذ ان لا يكون الحكم قد حـصل عليـه طالب التنفـيـذ باحتيال. ولا يعد عدم معرفة طالب التنفيذ لعنوان المحكوم عليه وقت اقامة الدعوى دليلا على وجود الاحتيال[1].

ويقع على عـاتق المطلوب التنفـيـذ ضـده عبء اثبـات ما يدعيه ، عدم صلاحية المحكمة او عدم سلامة الحكم.

٤ ـ كون الحكم يتعلق بدفع مبلغ من المال او بعين منقولة او تصفية حساب

حـددت المادة الثـانيـة من قـانون تنفـيـذ الأحكام الأجنبية نوع الحكم الأجنبي القـابل للتنفـيـذ بقولها يتعلق باجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقـولة او تصفية حساب. وتخرج بهذه الأحكام الجنائية والادارية وكـذلـك تـلـك التي تقضي بالامـتناع عن عـمل والاحكام الصـادرة من المحـاكم

١ ـ تميز حقوقية ١٩٧٨/٦٧ «لا يسـتدل من معرفة طالب تنفيذ الحكم الأجنبى لعنوان المحكوم عليه حين تقديم دعوى تنفيذ الحكم الأجنبى على ان المحكوم له كان عالما بعنوان المحكوم عليه حين صـدور الحكم المطلوب تنفـيذه او ان محل اقامته كان معروفا لدى محكمة بغداد» مجلة نقابة المحامين ٢٦ عدد ٩ ص١١١٨.

الأجنبيــة المتعلقة بالأحوال الشخصية غير المالية ، كالحكم القاضي بالمطاوعة او بتسليم طفل. وان العبرة فى تحديد كون الحكم صادرا فى هذه المواد هي نوع المسألة التي فصل فيها ولبس القضاء الذي اصدره وتحديد ذلك هي مسألة تكييف والاختصاص فيها للقاضي المطلوب اليه اصدار امر تنفيذ.

٥ ـ ان يكون الحكم الأجنبي قد اكتسب الدرجة القطعية :ـ

وهذا ما نص عليه فى البند (هـ) من المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية. ومفاد هذا الشرط هو ان يكون الحكم المطلوب تنفيذه نهائيا غير قابل للطعن. ويرجع فى تمتع الحكم بقوة الأمر المقضي او عدم تمتعه به الى قانون المحكمة التي اصدرته. ويترتب على هذا الشرط عدم جواز الامر بتنفيذ الحكم الأجنبي المشمول بالنفاذ المؤقت (النفاذ المعجل) بكفالة او بغير كفالة لأنه غير قطعي. ويقع على عاتق المطلوب التنفيذ ضده عبء اثبات عدم اكتساب الحكم الأجنبي الدرجة القطعية.

٦ ـ عدم مخالفة الحكم الأجنبى للنظام العام:ـ

أجازت الفقرة الأولى فى بندها (و) من المادة السابعة للمحكمة المطلوب اليها تنفيذ الحكم الأجنبي ان ترفض الطلب اذا كان الحكم بسبب دعوى لا تسمعها محاكم المملكة الأردنية الهاشمية لمخالفتها للنظام العام او الاداب. كما لو صدر حكم من محكمة أجنبية يقضي بالزام المدعى عليه بدفع مبلغ معين ثمن رقيق او عن دين قمار فمثل هذه الدعاوى ترفض المحاكم الأردنية سماعها لمخالفتها للنظام العام. لذا فإن أي حكم يصدر بمقتضاها من المحاكم الأجنبية لا يمكن قبوله كأساس لإصدار قرار بالتنفيذ.

ومع ان نص البند (و) من الفقرة الاولى من المادة السابعة من قانون رقم ٨/ ٩٥٢ حصر مخالفة النظام العام على سبب الدعوى فان هذا لا يمنع الاخذ بفكرة النظام العام.

وقد يظهر النظام العام مانعا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي بشكل جزئي لا كلي كما لو صدر حكم من محكمة أجنبية يقضي بالزام المدين بدفع مبلغ معين من النقود الأجنبية وكون مثل هذا الحكم لا ينال التنفيذ لاصطدامه بنص يمنع الدفع بالذهب او بعملة اجنبية فمواجهة نص اخر كهذا يحول دون تنفيذه وبالصيغة التي صدر فيها ولكن لا يرفض تطبيق الحكم بشكل كامل وانما يقتصر تنفيذه على الدفع بالعملة الوطنية.

وتقدير ما اذا كان الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية يعد مخالفا للنظام العام ام لا مسألة تختص بها المحكمة المطلوب منها اصدار قرار بالتنفيذ ، ويكون تقديرها لذلك يوم اصدار القرار بالتنفيذ ، ولا رقابة المحكمة التميز على تقدير محكمة الموضوع ، وقد اعتبرت محكمة التميز الأردنية فى قرارها ١٩٨٩/٨٥٢ الحكم الأجنبي المقدم للتنفيذ مخالفا للنظام العام لكونه لا يتضمن اسبابا ولا يتضمن الاشارة الى وجود لوائح او مستندات او اجراءات محاكم قد اعتمدت فى اصدار الحكم عليه ذهبت محكمة التميز الى القول من حق محكمة الموضوع بالنظر بطلب التنفيذ رفض تنفيذه[١].

المبحث الثاني
تنفيذ احكام محاكم الدول
المرتبطة بأتفاقيات مع المملكة

ان الاكتفاء بمعالجة الاثار الدولية للاحكام فى التشريع الداخلى قد لا يفى بحاجة العلاقات الخاصة الدولية التي تتطلب الاعتراف باثار الحكم الأجنبي بأقصر طريق وفى أوسع نطاق ، مما دفع بعض الدول الى تنظيم الاثار الدولية للاحكام باتفاقيات دولية. وقد ارتبطت المملكة الأردنية الهاشمية بعدة اتفاقيات خاصة بتنفيذ الاحكام

١ - مجلة نقابة المحامين السنة التاسعة والثلاثين العدد الخامس ص٨٧٥.

الصـادرة محاكم اجنبية ، كأتفاقية تنفيذ احكام محاكم الدول العربية/ ٩٥٢ والتي صـارت نافذة فى الأردن اعتبارا من ٢٨/٤/١٩٥٤ ، وتليها اتفاقية الرياض/ ٩٨٣ صـادقت عليـهـا المملكة الأردنية الهاشمية فى ١٧/ ١/ ١٩٨٦ ثم اتفـاقية التعاون القـانوني والقـضـائي بين دول مجلس التـعاون العربى/ ٩٨٩ فى ٨/ ٧/ ١٩٨٩، وصـادقت المملكة الأردنيـة الهاشـمـيـة على اتفـاقية نيورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالتـحكيم فى ١٦/ ١١/ ١٩٨٨ واتفـاقـيـة عمان العـربية للتحكيم التجارى وهناك اتفاقيات اخرى الغيت بأتفاقية دول الجامعة العربية (١) وليس ثمة من شك بوجود اخـتلافات بين احكام القانون الداخلى والاتفاقيات وبين الاتفاقيات ببعضـها البعض الاخر فكيف يتم حل التنازع فى ذلك؟

اذا كـان الخـلاف بين الاتفـاقية والقانون الداخلى ، فالتطبيق يكون للأتفاقية لا للقـانون حـتى لو كان القانون لاحقا لها (٢) امـا اذا كـان الخلاف بين الاتفاقيات ذاتها. وافتراض كـهـذا لا يظهر الى اذا كانت ذات الدول المرتبطة بالاتفاقية السابقة قد ارتبطت بالاتفاقية اللاحقة. فى مثل هذه الحالة يتم حل التنازع بالعمل بالاتفاقية الجـديدة ، بالنسبة للدول التي صادقت على الاتفاقية الجديدة. وهذا ما صرحت به المادة (٧٢) من اتفـاقـيـة الرياض بقولها: «تحل هذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي صـادقت عليها محل الاتفاقيات الثلاث المعقودة عام ١٩٥٢ فى نطاق جامعة الدول العـربيـة المعـمـول بها حاليا بشان كل من الاعلانات والانابات القضائية ، وتنفيذ الاحكام وتسليم المجـرمين». امـا بالنسبة للدول التي لم ترتبط بالاتفاقية الجديدة فـتـبقى الاتفاقية القديمة ، التي هي طرف فيها ، سارية المفعول ملزمة لها وللدول

---

١ ـ الاولى بين الاردن وسـوريه ٩٥٤ والثـانيـة بين الاردن ولبنان ٩٥٤ والثـالثة بين الاردن وتونس ٩٦٥.

٢ ـ اسـتـقر قضاء محكمة التميز على ان القوانين المحلية الساريه المفعول هي الواجبة التطبق ما لم يـرد فى مـعـاهدة او اتفـاق دولي مـا يخالف احكام هذه القـوانين وهذه القـاعـدة لا تتأثر بأسـبـقية القانون المحلى او اسبقية الاتفاقية الدولية تميز حقوق ٣٨/ ١٩٩١ مجله المحـامين الاردنية سنة ٤٠ عدد ١٠ و ١١ ص١٧٣٧

المرتبطة بها بالاتفـاقـية ولا يغير من الامر شيئا ارتباط احدى تلك الدول بالاتفاقية الجديدة. لان الاتفاقية الجديدة تلزم الدول الموقعة فيما بينها فقط[1].

وبغـيـة التعرف على الاسلوب الذي اتبع فى معالجة الاثار الدولية فى الاتفاقيات الدوليـة والاسلوب المتـبع فى مـعـالجـة هذه الاثار فى القانون الداخلي ولتبين مدى العـلاقـة بين القـانون الداخلي والقوانين الاتفاقية يقتضي ان نعرض بعض قواعدها وعلى وجه التخصص تعريف الحكم الاجنبي فى كل منها وهي كما يلي : -

المادة (٢) قانون رقم ٨/ ١٩٥٢ عـرفت الحكم بانه «كل حكم صدر من محكمة خـارج المملكة الاردنيـة الهاشـمـيـة ، بما في ذلك المحاكم الدينية يتعلق فى اجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ معين من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب، ويشـمل قـرار المحكمة من اجراءات التحكيم اذا كان القرار قد اصبح بحكم القانون المعمول به فى البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة فى البلد المذكور». وعرفته المادة الاولى من اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية بانه «كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية او تجارية او قاضي بتعويض من المحاكم الجنائية (الجزائية) او متعلق بالاحوال الشخصية صدر من هيئة قضائية فى احدى دول الجـامعة العربية يكون قابلا للتنفيذ فى سائر الدول العربية وفقا لاحكام هذه الاتفاقية». وبالنسبة للمادة (٢٥) من اتفاقية الرياض هو «كل قرار يصدر بناء على اجـراءات قـضـائيـة او ولائيـة من محاكم او اية جهة مختصة لدى احد الاطراف المتـعـاقـدة صـادرة فى القضايا المدنية بما فى ذلك الاحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصـادرة من محاكم جـزائيـة ، وفى القـضـايا بالتجارة والقضايا الادارية وقضايا الاحوال الشخصية.

وعدت المادة (٢٧) من اتفـاقـيـة التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التـعاون العربى الحكم هو الصادر فى القضايا المدنية والتجارية والادارية والاحوال الشخصية والاحكام المقررة للتعويض فى القضايا الجزائية.

---

١ - عـدم تصـديق دولة على اتفاقية الرياض ينفى وجود التزام تعاقدي بينها وبين الاردن، لذا لا يصح الاستناد اليها وانما تطبق اتفاقية الجامعة العربية - تميز جزاء رقم ١٩٨٧/١٣٣ مجله نقابة المحامين سنة ٣٧ عدد ١٠ ص٢٢٠٤.

يتبين من هذه النصوص ان الاتفاقيات قد تحدثت عن احكام القضاء واحكام المحكمين. ووضحت نصوص الاتفاقيات ، كما سنرى ، الشروط الواجب توفرها لينال التنفيذ. وحددت احكام هذه الاتفاقيات دور الجهة القضائية التي يطلب اليها التنفيذ لذا يتعين بحث هذه الامور بدءا باحكام القضاء وانتهاءا : احكام المحكمين.

أولاً
احكام القضاء

عند تطبيق قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية والقوانين الاتفاقية قد تواجهنا صعوبة بشأن تحديد المقصود بالحكم ، لان محاكم الدول عند ممارستها وظيفتها تصدر نوعين من القرارات منها ما يتعلق بوظيفتها القضائية والاخرى ما يرتبط بوظيفتها الولائية.

وقد استخدمت اتفاقية جامعة الدول العربية اصطلاح حكم بينما عبرت المادة (٢٥) من اتفاقية الرياض عن ذلك بكل قرار ، يصدر بناء على اجراءات قضائية او ولائية. وجاء فى الفقرة الاولى من المادة (٢٧) من اتفاقية التعاون القانونى والقضائي ما نصه «يعترف وينفذ كل من الاطراف المتعاقدة الاحكام الحائزة قوة الشىء المقضي به الصادرة فى القضايا المدنية والتجارية والادارية والاحوال الشخصية والاحكام المقررة للتعويض فى القضايا الجزائية..»

يتبين من النصوص الانفة الذكر بان منها استعمل اصطلاح الحكم ومنها ما استخدم اصطلاح قرار. والقرار قد يكون قضائيا وقد يكون ولائيا لذا يتعين تحديد المقصود من الحكم وموضوعه. مما لا شك فيه ان تحديد معنى الحكم هي مسألة من مسائل التكيف ويعطى الاختصاص فيها لقانون القاضي المطلوب منه اصدار الامر بالتنفيذ ، ولكن ليس ثمة ما يمنعه من ان يستعين فى هذه المهمة بقانون الدولة التي اصدرت محاكمها الحكم. وانه مما يسهل مهمة القاضي فى هذه المسألة تقارب قوانين المرافعات فى الدول الموقعة على هذه الاتفاقيات. ويقصد بالحكم هو الحكم القطعى الذي يتوافر فيه عنصر الاجبار ، وهذا يصدق على الاحكام القضائية ، اما القرار الولائي فيكون قابلا للتنفيذ حين يتوفر فيه عنصر

الاجـبار. فالقرار الأجنبي القاضي بتعيين وصي تسرى عليه القواعد التي تخص اثار الاحكام الأجنبـية لتوافر عنصر الاجبار فيه فيما يؤهله لان ينفذ فى الخارج. فى حين ان اثبـات الاقـرار بالنبـوه مـثـلا يعد عملا ولائيا ولا يتضمن عنصر الاجبار ولهذا يخضَع تنفيذه للقواعد المتصلة بتنفيذ السندات الأجنبية.

وفـيما يتعلق بموضوع الحكم اي المواد التي تصدر فيها هذه الاحكام فأن هذه الاتفـاقـيـات لم تحصر التنفـيـذ بالأحكام الصــادرة فى المواد المدنية والتجارية على النحــو الذي اتت به المادة الثـانية من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٨/ ١٩٥٢ وانما اضـافت اليـهـا الاحكام الصــادرة من المحـاكم الجنائيـة والاحكام المتـعلقـة بالاحـوال الشــخـصـيــة ـ وهذا ما سنوضحه ضمن دراستنا الاتية لشروط تنفيذ الاحكام القضائية الاجنبية واحكام المحكمين الاجنبية.

الاحكام القضائية : موضوعها وشروط تنفيذها

مر بناء اثناء دراسة قانون رقم ١٩٥٢/٨ والخاص بتنفيذ الاحكام الاجنبية ان المادة الثانية منه قد حددت الاحكام الاجنبية القابلة للتنفيذ وحصرتها بتلك التي تقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب. اما الاتفاقيات التي ارتبطت بها المملكة الاردنية الانفه الذكر فأنها قد وسعت موضوع الاحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ ، فبالاضافة الى ما ورد ذكره فى المادة الثانية من القانون رقم ١٩٥٢/٨ التي تصدر من المحاكم المدنية ، فقد اشتملت الاتفاقيات على الاحكام الصادرة من المحاكم الجنائية والادارية والاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية- فيما يقتضي التعرف على مدى ذلك وهو ما نبينه ادناه.

١- احكام المحاكم الجزائية : -

يبين من هذه الاتفاقيات بانها قد اخضعت للتنفيذ كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية او تجارية او قاض بتعويض من المحاكم الجنائية. وما دامت نصوص هذه الاتفاقيات قد حصرت امر التنفيذ للحكم الاجنبي بالحكم القاضي بالتعويض فأن الاحكام الاخرى الصادرة من المحاكم الجنائية الأجنبية لا تتمتع بأثر دولي وان كانت اثارها مدنية ، وعلى ذلك فان الاتفاقية لا تسرى على الاثار التى تترتب على الحكم الجزائي كنقص الاهلية والحجر القانوني المترتب على الحكم الجزائى. وكون الحكم سببا من اسباب التطليق لا أثر له لأن هذه اثار جنائية لا تتمتع بأثر دولي فلا يكون لها حجية الامر المقضي فى غير الدولة التي صدر الحكم من احدى محاكمها. وانما يمكن التمسك بها بوصفها واقعة امام القضاء الأجنبي قابلة لاثبات العكس. فلو طلب احد الزوجين التطليق بسبب الزنا ففى مقدوره فى مثل هذه الحالة ابراز الحكم الجنائي الأجنبي الصادر ضد الزوج الاخر والمتضمن تجريمة بجريمة الزنا لاثبات هذه الجريمة. فيكون حينئذ هذا الحكم دليلا لاثبات مدعاه ولكن يستطيع خصمه اثبات العكس.

٢ ـ الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية والقضايا الإدارية :ـ

اجـازت قـوانين الاتفاقيات ، وعلى وجه التخصيص ، اتفاقية الرياض وفى المادة (٢٥) منهـا الاعتراف والتنفـيـذ للاحكام الصـادرة من محـاكم ايه دولة طرف فى هذه الاتفـاقية المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة من محـاكم جزائية وفى القضايا التـجـارية والقـضـايا الادارية وقـضـايا الاحوال الشـخصية الحائزة لقوة الامر المقضي به. ومـؤدى هذا ان الاحكام المتـعلقـة بالاحـوال الشـخصية تكون قابلة للتنفـيـذ فى الدولة الاخـرى. وهي الاحكام التي تتصل بالاهلية والحالة وروابط الاسرة من زواج وطلاق ونفـقـة ونسب وميراث ووصـيـة ، اما الهبة فتعد عقدا فى بـعـض قـوانين الدول العـربيـة وفى قـوانين دول اخـرى تعـد من الاحـوال الشـخصية.

ويجيـز هذا النص ايضـا تنفـيـذ الاحكام المتـعلقـة بالحقوق المدنية فى القضايا الادارية ، اي التي تصدر من المحاكم الادارية وتتضمن الحكم بالتعويض.

ولا تؤثر جنسـية طالب التنفيذ فى الاستفادة من مضمون هذه الاتفاقيات لطلب التنفـيذ، فلا فرق فى ذلك ان كان من رعايا الدولة التى اصدرت محـاكمها الحكم او كـان من رعـايا دولة اخـرى ، فـالمهم هو صـفـة الحكم وكـونه صـادرا من محكمة احدى الدول المرتبطة بالاتفاقية مع المملكة الاردنية الهاشمية.

واشترطت الاتفـاقـيـات الانفـه الذكـر لصـدور قرار بتنفيذ الحكم الصـادر من محكمة احدى الدول المتعاقدة توافر الشروط الاتية : ـ

اولاً : صدور الحكم من هيئة قضائية مختصة :ـ

اشترط لإجـابة طلب تنفـيـذ الحكم ، ان يكون صـادرا من محكمة مختصة طبقا لقـواعد الاختصـاص الدولي. ولكن بمقتضى اي قانون يتعين الاختصاص القضائي الدولي ؟ لم نجـد جـوابا مـوحدا ، فمن هذه الاتفاقيات ما يبين القانون الذي يرجع اليـه القاضي فى تحديد الاختصاص القضائي الدولي ومنها ما التزم السكوت فى هذا الشأن. وبالشكل الذي سنبينه فى توضيحنا الآتي .

أجازت الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية جامعة الدول العربية للسلطة القضائية في الدولة المطلوب اليها تنفيذ الحكم ان ترفض الطلب «اذا كانت الهيئة القضائية التي اصدرت الحكم غير مختصة في النظر في الدعوى بسبب عدم ولايتها (عدم الاختصاص المطلق) او بحسب قواعد الاختصاص الدولي .

فأشترطت الفقرة الأولى من المادة الثانية المشار اليها لصدور قرار بالتنفيذ ان تكون المحكمة التي اصدرت الحكم مختصة، إلا أنها لم تحدد القانون الذي يعرف بمقتضاه المحكمة المختصة، فهل يرجع في ذلك لقواعد الاختصاص المقررة في قانون المحكمة التي صدر الحكم عنها ام يخضع ذلك لقانون المحكمة التي طلب اليها اصدار الامر بالتنفيذ غياب التحديد للقانون الذي يتعين بموجبه الاختصاص القضائي سيؤدي الى الاختلاف تبعا للاتجاه التشريعي للدول. لان بعضها يخضع الاختصاص الدولي للقواعد المقررة في قانون المحكمة التي اصدرت الحكم[1] والبعض الآخر يرجع في تحديد الختصاص الدولي للمحكمة التي اصدرت الحكم الى ما تقرره قواعد الاختصاص المقررة في قانون دولة التنفيذ[2] .

وفيما يتعلق باتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي اشترطت الفقرة الثالثة من مادتها الثامنة والعشرين لصدور قرار بتنفيذ الحكم ان يكون الحكم المطلوب تنفيذه صادرا من محكمة مختصة، ولم تكتف بذلك وانما حددت في المادة (٢٩) القانون الذي يعين بمقتضاه الاختصاص القضائي وهو قانون الدولة التي صدر الحكم فيها حين أجازت رفض الحكم «اذا كانت الجهة القضائية التي اصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بمقتضى احكام القانون النافذ في دولتها» ومفاد هذا ان الاختصاص القضائي يتعين بمقتضى احكام قانون المحكمة التي صدر عنها الحكم المطلوب لتنفيذه. ومن مزايا هذا النص انه اضافة الى حله لمسألة التنازع القضائي يعطى الثقة لمن صدر لمصلحته بأن المحكمة المطلوب اليها اصدار الامر بالتنفيذ لن تعترض على الحكم بحجة مخالفته قواعد الاختصاص المقررة في قانون المحكمة .

---

١ ـ اخذ بهذا الاتجاه القانون المصري مرافعات ٢٩٨، السوري ٣٠٨ مرافعات كويتي م٢٧٦ .
٢ ـ قانون تنفيذ الاحكام العراقي رقم ١٩٢٨/٣٠ .

وقـد اتبـعت اتفـاقـيـة الرياض اسلوبا مختلفا فى تحديد الاختصاص القضائي الدولي فيما هو اكثر مرونة واكثر عدالة ، فقد اشترطت الفقرة (ب) من المادة (٢٥) من هذه الاتفـاقـية للاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه صدوره من محكمة مختصة طبـقـا لقـواعـد الاخـتـصـاص القـضـائي الدولي المقررة لدى الطرف المطلوب اليه الاعتراف او التنفـيـذ او مختـصـة بمقتضي الاحكام المقررة فى هذه الاتفاقية. ولذلك يتـعين على قـاض دولة التنفيذ وهو يبحث شروط الاختصاص القضائي الدولي ان يعـمل بما يقـرره قانونه فأن وجد ان المحكمة التي اصدرت الحكم ذات اختصاص بحـسب مـا تقـرره قواعد الاختصاص فى قانونه يقضي بتوفر شرط صدور الحكم من محكمـة مختصة فأن وجد ان المحكمة التي اصدرت الحكم لا تعد مختصة على وفق قـواعد الاختصاص المقررة فى قانونه عليه ان يحكم قواعد الاختصاص المقررة فى هذه الاتفـاقية ذلك بأن هذه الاتفاقية قد تضمنت قواعد مشتركة يتحدد موجبها الاخـتـصـاص القضائي الدولي نصت عليـها المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) وكما ـ يـبين فى ادناه :ـ

تحدثت المادة (٢٦) من الاتفـاقـيـة عن الاخـتـصـاص اذا كان النزاع يدور حول الاهليـة وحـالة الشـخص اذا خـضعتـه لقانـون الدولـة التي ينتمـي اليها طالـب التنفيذ[1].

ونظمت المادة (٢٧) منها الاختصاص فى حالة الحقوق العينية بأخضاعه لقانون المحكمة التي وجد العقار فى بلدها[2].

وفى مـا عدا ما ورد فى المادتيين (٢٦، ٢٧) نظمت المادة (٢٨) منها الاختصاص القـضـائي الدولي للمـحكمة التي اصدرت الحكم اذا بني على احد المعايير التي ورد

---

١ ـ م(٢٦) تعـتبر محاكم الطرف المتـعـاقد الذى يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختـصـة فى قضايا الاهلية والاحوال الشخصية اذا كان النزاع يدور حول اهلية هذا الشخص او حالته الشخصية.

٢ ـ م(٢٧) تعـتبر محاكم الطرف المتعاقد الذى يوجد فى اقليمه موقع العقار مختصة بالفصل فى الحقوق العينية المتعلقة به.

ذكـرها منها وهي الموطن ، وحدة محل ، محل تنفيذ الالتزام ، محل وقوع الضرر، الخضوع الأرادي الطلبات المعارضة [1].

ويجدر بنا هنا ان نشير الى ان تطبـيق قـواعـد الاخـتصاص القضائي المشتركة المتـفق عليـها فى هذه الاتفـاقـية مقيد بعدم احتفاظ الطرف المتعاقد ، المطلوب اليه التنفـيـذ ، لمحـاكمه او لمحكمة اخرى دون غيرها بالاختصاص. هذا ما بينته الفقرة (ب) من المادة (٢٥) بقـولها (وكـان النظام القـانوني للطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعـتراف او الـتـنفـيـذ لا يحتـفظ لمحـاكـمـه او لمحـاكم طرف اخـر دون غيرها بالاختصاص بأصدار الحكم).

---

١ ـ م (٢٨) فى غير المسـائل المنصوص عليه فى المادتين ٢٦ و٢٧ من هذه الاتفـاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذى صدر فيه الحكم مختصة فى الحالات الاتية : ـ

أ ـ اذا كان موطن المدعى عليه او محل اقامته وقت النظر فى الدعوى (افتتاح الدعوى) فى اقليم ذلك الطرف المتعاقد.

ب ـ اذا كـان للمدعى عليه وقت النظر فى الدعوى محل او فرع ذو صبغة تجارية او صناعية او غير ذلك فى اقليم ذلك الطرف المتـعـاقـد، وكـانت قـد اقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذ المحل او الفرع.

ج ـ اذا كـان الالتـزام التعاقدي موضوع النزاع قد نفذ، او كان واجب التنفيذ لدى ذلك لطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح او ضمنى بين المدعى والمدعى عليه.

د ـ فى حـالات المسـؤوليـة غير العقدية، اذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع فى اقليم ذلك الطرف المتعاقد.

هـ ـ اذا كـان المدعى عليـه قـد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سـواء كـان عن طريق تعين موطن مختار او عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذ الاتفاق.

و ـ اذا ابدى المدعى عليـه دفـاعـه فى موضوع الدعوى دون ان يدفع بعدم اختصاص المحمة المرفوع امامها النزاع.

ز ـ اذا تعلق الامر بطلبات عارضة وكانت هذ المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الاصلى بموجب هذه المادة.

ثانيا : صحة الاجرءات :

نصت الفقرة (ب) من المادة الثانية من اتفاقية الدول العربية ، على ان قاضي الدولة المطلوب منها الامر بتنفيذ الحكم لا يستطيع رفض هذا الطلب الا اذا كان الخصوم لم يعلنوا على الوجه الصحيح.

وجوزت الفقرة (أ) من المادة (٢٨) من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي رفض تنفيذ الحكم «اذا لم (يعلن) الخصم المحكوم عليه او من ينوب عنه قانونا على الوجه الصحيح طبقا لقانون الطرف المتعاقد الذي صدر لديه».

ولا تعترف المادة (٣٠) من اتفاقية الرياض بالحكم فى الحالات الآتية : ـ

ب ـ اذا كان غيابيا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى او الحكم اعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه.

ج ـ اذا لم تراعى قواعد قانون الطرف المتعاقد ، المطلوب اليه الاعتراف، المتصلة بالتمثيل القانوني للاشخاص عديمي الاهلية او ناقصيها.

اما شرط صحة الاجراءات الذي اقتضته قواعد تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٨/ ١٩٥٢ فقد بحثناه فى حينه.

ثالثاً : اكتساب الحكم صفة البتات :

وقد تم شرح هذا الشرط عند دراسة قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية وفى الامكان الرجوع اليه.

رابعًا : عدم مخالفة الحكم الأجنبي لقواعد النظام العام فى الدولة المطلوب اليها التنفيذ.

وقد عبرت عن ذلك الاتفاقيات الانفه الذكر على النحو الاتى:-

اجـازت الفـقـرة (ج) من المادة الثـانية من اتفاقية تنفيذ الاحكام للدول العربية رفض تنفيذ الحكم «اذا كان مخالفا للنظام العام او الاداب العامة فى الدولة المطلوب إليـهـا التنفـيذ». وفيما يماثل ذلك اجازت الفقرة الاولى من المادة (٢٨) من اتفاقية التـعاون القانوني والقضائي بين الدول مجلس التعاون العربي رفض تنفيذ الحكم الاجنبي «اذا كـان مخالفـا لاحكام القـانون او النظام العـام او الاداب العـامة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالتنفيذ».

وقد عددت المادة (٣٠) من اتفاقية الرياض حالات رفض الاعتراف بالحكم ومن بينها ما نصت عليه الفقرة (١) بقـولها «اذا كان مخالفا لاحكام الشريعة الاسلامية او أحكام الدسـتـور او النظام العـام او الاداب فى الطرف المتـعـاقـد المطلوب اليـه الاعتراف». ومن امـثلة مخالفة الحكم لاحكام الشريعة الاسلامية ان يكون قد قضي بأثر من اثار الزوجـيـة لزوج غير مسلم على زوجة مسلمة. ويقدر القاضي المطلوب اليه التنفيذ وجود التعارض بين الحكم المطلوب تنفيذه والمبادىء التي نص عليها فى اتفـاقـيـة من الاتفـاقيات الانفه الذكر. ويجرى هذا التقدير وقت نظر دعوى الامر بالتنفيذ.

خامساً : ان لا يكون الحكم محلا لحكم او محلا لدعوى :

للمحكمة المطلوب اليها الاعتراف بالحكم الأجنبي رفض الاعتراف به ذلك اذا كان النزاع الصـادر بشأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لحكم صـادر فى الموضوع بين الخـصوم انفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا وحائزا قوة الامر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف او لدى طرف متعاقد ثالث ، ومعترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف.

ولهـا (المـحكمـة المطلوب اليـهـا الاعتراف) رفض الطلب ايضـا اذا كـان النزاع الصـادر فى شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لدعـوى منظورة امـام احـدى محاكم الطرف المتـعـاقد المطلوب اليه الاعتراف بين الخصوم انفسهم ويتعلق بذات

الحق محلا وسـببا ، وكانت الدعوى قد رفعت الى محاكم الطرف المتعاقد الاخير فى تاريخ سـابق على عـرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التى صدر عنها الحكم المشار اليه.

وقـد اسـتـثنت الاتفـاقـيات بعض الاحكام من القواعد الخاصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية ، وشمل الاستثناءات الامور الاتية:ـ

١ ـ الاحكام التي تصـدر ضـد حكومـة الطرف المطلوب اليـه الاعتراف بالحكم او التنفيذ او ضد احد موظفيها عن اعمال قام بها اثناء الوظيفة او بسببها فقط.

٢ ـ الاحكام التى يتنافى الاعتراف بها مع المعـاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ.

٣ ـ الاجـراءات الوقـتية والتحفظية والاحكام فى قضايا الافلاس والضرائب والرسوم

اجراءات طلب الامر بالتنفيذ

يرفع طلب الامـر بالتنفيذ إلى الجهة القضائية المختصة لدى الدولة المطلوب اليها التنفيذ ويرفق به ما يأتي من المستندات.

١ ـ صـورة كـامله رسـمـيـة من الحكم مـصـدقـا على التوقيعات فيه من الجهة المختصة.

٢ ـ شـهـادة بأن الحكم اصـبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوصا عليه فى الحكم ذاته.

٣ ـ صـورة من مـستند تبليغ الحكم مصدقا عليه بمطابقتها للأصل او أي مستند اخـر من شأنه اثبات اعلان المدعى عليه اعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك فى حـالة الحكم الغـيـابى. وفى حالة طلب تنفيذ الحكم تضاف الى الوثائق المذكورة اعلاه صورة مصدقة من الحكم القاضي بوجوب التنفيذ.

ثانياً
احكام المحكمين
الأجنبية

يوصف حكم المحكمين بالاجنبية بالنسبة للدولة المطلوب اليها تنفيذه على اساس مكان صدوره ، بصرف النظر عن جنسية المحكمين او موطنهم. وفى حالة تنقل المحكمين ، يعتد بالبلد الذي اصدر المحكمون فيه حكمهم. ومعنى هذا ان حكم المحكمين الذي يصدر فى الخارج يكون حكما اجنبيا. وقد اخذت بهذا المعيار المادة الثانية من قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية رقم ٨/ ٩٥٢ . اذ انها احتسبت حكم المحكمين أجنبيا اذا صدر فى بلد أجنبي بقولها (الحكم الأجنبي الوارد فى هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الاردنية الهاشمية بما فى ذلك المحاكم الدينية ـ ويتعلق فى اجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ويشمل قرار المحكمة فى اجراءات التحكيم اذا كان ذلك القرار قد اصبح بحكم القانون المعمول به فى البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة فى البلد المذكور).

ويتبين من هذا النص ان المشروع الاردنى يعامل احكام المحكمين الأجنبية معاملة الأحكام القضائية الأجنبية فيما يتعلق بالشروط الشكلية والموضوعية والمعاملة بالمثل واكتساب الصفة القطعية اذ اشترط ان يكون حكم المحكمين الأجنبي قابلا للتنفيذ يوصفه قرارا صدر من المحكمة فى البلد الذي صدر فيه. وبأستيفاء الشروط اللازمة لذلك وصدور قرار بالتنفيذ فى المملكة الاردنية الهاشمية يصبح قرار المحكمة الأجنبي قابلا للتنفيذ فى الأردن(١).

وقد ارتبطت المملكة الاردنية الهاشمية بأتفاقيات دولية نسبة نصوصها احكام المحكمين الأجنبية بأحكام المحكمة الوطنية وذلك لتسهيل تنفيذها فى المملكة. ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ التي صادقت عليها المملكة فى ١٦/ ١١/ ١٩٨٨ .وفى حالة ظهور اختلاف بين نصوص الاتفاقية مع ما جاء

---

١ ـ الدكتور ـ مفلح عداد القضاة اصول التنفيذ وفقا لقانون الاجراء الاردني ١٩٨٧ص٨٧

بقـانون تنفـيذ الاحكام الاجنبية يعمل بالنص الاتفاقي لأن الاتفاقية أولى بالتطبيق وان كان القانون لاحقا لها[1].

وقـد نظمت الاتفـاقـيـات المعـقـودة بين الدول العـربيـة موضوع تنفيذ احكام المحكمين. من ذلك اتفـاقية جامعة الدول العربية فى المادة الثالثة ، واتفاقية التعاون القـانوني والقـضـائي بين دول مجلس التعاون العربي من المادة الثانية والثلاثين. ولا تختلف احكام هذه الاتفـاقيات فى مضمونها فى هذا الشأن. وقد يكون من المفيد تثـبيت نصوصـها. اذ جاء فى المادة الثالثة من اتفاقية تنفيذ الاحكام التي وافق عليها الدول العربية فى ١٤ ديسمبر ١٩٥٤ اذ جـاء فـيـها: «مع مراعاة ما ورد فى المادة الاولى من هذه الاتفـاقية لاتملك السلطة المطلوب اليها تنفيذ حكم محكمين صادر فى احـدى دول الجـامـعـة العـربية اعادة فحص موضوع الدعوى الصـادر منها حكم المحكمـة تنفـيـذه ، وانما لها ان ترفض طلب تنفـيـذ حكم المحكمة المرفوع اليها فى الاحوال الاتية: ـ

أ ـ اذا كـان قـانون الدولة المطلوب اليـها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

ب ـ اذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذا لشرط او لعقد تحكيم صـحيح.

ج ـ اذا كـان المحكمـون غير مختصـين طبقا لعقد او شرط التحكيم او طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمة على مقتضاه.

د ـ اذا كان الخصوم لم يعلنوا على الحضور بالوجه الصحيح.

هـ ـ اذا كـان فى حكم المحكمين مـا يخالف النظام العام او الاداب العامة فى الدولة المطلوب اليـها التنفيذ وهي صاحبة السلطة فى تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام او الاداب العامة بها.

و ـ اذا كـان حكم المحكمين ليس نهائيـا فى الدولة التى صدرت فيها واجازت المادة (٣٢) من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين الدول مجلس التعاون العربي

---

١ ـ تميز ١٩٩١/٣٨ مجله نقابة المحامين عدد ١٠و١١ص١٧٣٧.

تنفيذ احكام المحكمين وبشرط نسبة الشروط المنصوص عليها فى اتفاقية دول جامعة الدول العربية على وجه التقريب.

ونظمت اتفاقية الرياض تنفيذ احكام المحكمين بالمادة (٣٧) منها والتى لا تجيز للمحكمة المطلوب اليها التنفيذ ان تبحث فى موضوع التحكيم ولا ان ترفض تنفيذه الا فى الحالات الاتية:-

أ - اذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف او تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

ب - اذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد او شروط التحكيم او طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمة على مقتضاه.

ج - اذا كان حكم المحكمة صادرا تنفيذا لشروط او لعقد تحكيم باطل او لم يصبح نهائيا.

د - اذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.

هـ - اذا كان فى حكم المحكمة ما يخالف احكام الشريعة الاسلامية او النظام العام او الاداب لدي الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ.

دور القاضى الذي يطلب منه تنفيذ الحكم الأجنبي :

يقتصر دور القاضى المرفوع اليه طلب تنفيذ حكم قضائى او حكم المحكمين الأجنبي على التحقيق من استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون لتنفيذ الحكم الأجنبي ولا يملك مراجعة الحكم من حيث الموضوع ، وبهذا قضت الاتفاقيات الانفه الذكر. ونورد على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٣٢) من اتفاقية الرياض اذ جاء فيها «تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم او تنفيذه ، على التحقق مما اذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع».

فأذا تبين للمحكمة ان الشروط اللازمة للتنفيذ مستوفاة فى الحكم الأجنبي وان الحكم المطلوب الاعتراف به او تنفيذه مما يشمله التنفيذ تامر بتنفيذه وبخلاف ذلك

ترفض الطلب. ويجور ان ينصب طلب الامر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله او بعضه ان كان قابلا للتجزئة. ولامكان تنفيذ الحكم الأجنبي فعلا يقتضي ان يشمل الحكم بالصيغة التنفيذية كالحكم الوطني. ويخضع التنفيذ لقانون دولة التنفيذ فى كل ما يتعلق بالمال الجائز وغير الجائز الحجز عليه ، وكذلك فيما يخص الاجراءات العلنية الواجب اتخاذها للحكم كقيده او تسجيله فى السجلات العامة.

ويقتصر اجراء التنفيذ لدى محاكم دولة التنفيذ على الاحكام التى تقتضي التنفيذ على المال او الاكراه على الشخص. اما الاحكام الصادرة فى مواد الحالة والاهلية فلها حجيه الامر المقتضى من غيرما حاجة لاتخاذ اجراء ما.

سندات التنفيذ الاخرى :

وقد يشمل التنفيذ السندات والاوامر الولائية الأجنبية ، والصلح الذي يتم اثباته امام الهيئات القضائية الأجنبية المختصة.

والعبرة فى تحديد الصفة الأجنبية للسندات بالدولة التي تتبعها السلطة العامة التي تولت تحرير او توثيق السند ، وعليه فأن السندات التى يحررها او يوثقها القناصل الاردنيون فى الخارج هي سندات وطنية والسندات التى يحررها القناصل الاجانب فى الداخل هي سندات أجنبية.

لم يرد فى القانون الاردنى حكم خاص لتنظيم تنفيذ السندات الرسمية والعادية الاجنبية ، وعليه يكون حكمها حكم السندات الوطنية العادية ، اذ يمكن طلب تنفيذها عن طريق دائرة الاجراء ـ اذا كانت تتضمن دينا ثابتا ـ وفى مقدور من يجرى التنفيذ بحقه ان ينازع فى هذا التنفيذ (١) ويطلب عندئذ الى الدائن اللجوء الى المحاكم المختصة.

وقد نظمت اتفاقيتي الرياض والتعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي موضوع تنفيذ الصلح الذى يتم اثباته امام الهيئة القضائية الأجنبية المختصة ، ونظمت كذلك التنفيذ للسندات الأجنبية ، اذ أشترطت كل منهما

---

١ ـ دكتور مفلح المذكور.

لأمكان تنفيذ السند الأجنبي ان تتوافر فيه جميع الشروط المطلوبة لينال قوة السند التنفيذي لدى الدولة التى عقد فيها الصلح القضائي او الدولة التى نظم فيها السند التنفيذي وان لا يكون فى تنفيذها ما يتعارض مع احكام الشريعة والنظام العام والآداب.

آثار أخرى :

تترتب على الحكم خارج اطار دائرة التنفيذ اثار اخرى ، اذ يتمتع الحكم الصادر من محاكم دولة من الدول بحجية الامر المقضي به فى تلك الدولة فلا يجوز تجديد النزاع فيه ويستطيع المحكوم له الارتكاز على ما قضي به من تقرير فى انشاء للحقوق والمراكز التي اشتمل عليه او بحق يتفرع عنه. ولكن هل يترتب على الحكم الأجنبي تلك الاثار خارج الدولة التى صدر عن محاكمها؟ اختلفت الآراء فى هذا الصدد .

ينكر جانب من الفقهاء اي حجة للحكم الأجنبي خارج اقليم الدولة التي صدر عن محاكمها طالما لم يكن مشمولا بالامر. بالتنفيذ وانما تكون له حجية الشىء المقضي به فى الدولة التى صدر الامر من محاكمها بتنفيذه ومن تاريخ صدوره. ويذهب جانب اخر من الفقهاء الى الاعتراف بحجية الشيء المقضي به للحكم الأجنبي فى خارج اطار أقليم الدولة التى صدر عن محاكمها ، اذ يرى انصار هذا الرأي ضرورة ان ينتج الحكم الأجنبي اثاره الاخرى دون حاجة لشموله بقرار التنفيذ.

وعلى رأي ثالث يكفى لتمتع الحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي به بمجرد التحقق من توافر الشروط التى تجعله قابلا للتنفيذ من غير حاجة لصدور امر بتنفيذه فعلا ، لأن التمسك بالحكم الأجنبي يدفع السلطة المختصة التى قدم اليها الحكم الى فحصه بنفسها بلا حاجة لصدور امر تنفيذه[1].

ولو رجعنا الى قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ١٩٥٢/٢ لوجدنا انه قد

١ ـ بهذا الرأي الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتوره ساميه راشد الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولي ١٩٨٧ص٥١٦ .

اشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي الحصول على امر بالتنفيذ ولم يتصدى الى مسألة الاثار الاخرى ولم يتطلب لحجيه الحكم الأجنبي ضرورة شموله بصيغة التنفيذ. ويمكن ان يعد السكوت عن ذلك دليلا على الاعتراف للحكم الاجنبي بحجية الشيء المقضي به ، اذ يكفى لذلك مجرد توافر الشروط الخارجية اللازمة لصدور الحكم الأجنبي صحيحا من الناحية الدولية. وعلى هذا الاساس فلو حصلت امرأة على حكم بالتطليق من محكمة أجنبية ففى مقدورها الاحتجاج به اذا ارادت عقد زواج جديد دون حاجة لاستحصال حكم بالامر بالتنفيذ. فحكم كهذا يتمتع بحجية الامر المقضي من اليوم الذي بدأت اثاره فى الخارج وفقا لقانون القاضي الأجنبي الذي اصدره ، وعلى شرط ان لا يشمل الاحتجاج بمثل هذا الحكم التنفيذ على المال او الاكراه على الشخص - فاذا ارادت المرأة الحاصلة على حكم اجنبي بالتطليق الحكم بتسليم طفل للحضانة فيلزم فى هذه الحالة الحصول على امر بالتنفيذ (١) لان تنفيذ الحكم الأجنبي فى هذه الحالة يستلزم تدخل السلطه العامة ، لتنفيذ مضمون الحكم، وهي لا تمتثل لامر صادر من سلطة اجنبية ، لذا يقتضي ان يقرن بأمر بالتنفيذ من السلطة الوطنية. ويمكن الاعتماد على الحكم الأجنبي بوصفه سندا عند اتخاذ الاجراءات التحفظية لوضع حجز على مال للمدين لدى الغير ، الا ان دعوى صحة الحجز تستلزم ، طبعا ، صدور أمر بالتنفيذ.

ومن آثار الاحكام الأجنبية ، وان لم تكن مشمولة بالامر بالتنفيذ ان لها قوة اثبات ما جاء فيها من وقائع ، وبهذا اخذت محكمة التمييز الاردنية بقولها ان عدم اعطاء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ وفق قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية لا يؤثر على حجية الحكم الذى اصبح قطعيا(٢).

---

١ - دكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتوره ساميه راشد المذكور ص٥١٦

٢ - جاء بقرار محكمة التميز حقوق رقم١٠/ ١٩٨٢ الآتى:-

«وجد ان حكم محكمتنا رقم ٢٢ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٦/١٩ لم يعط حكم محكمة بداية بغداد صيغة التنفيذ وفق قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية الا ان ذلك لا ينقص من حجية الحكم المذكور الذى اصبح قطعيا كما هو مستفاد فى مشروحات الجهات المختصة فى المحكمة التى اصدرته لغايات الاحتجاج به فى هذه الدعوى. وحيث ان حكم محكمة بداءة بغداد يعتبر ان المميز هو احد الشركاء فى شركة شريم فانه يحق لكفيل الشركة المذكورة ان يعود عليه مع باقى الشركاء بنسبة نصيب كل منهم» مجله نقابة المحامين السنة ٣٠ عدد ٧ص٩٨٧ .

ونرى الاخذ بهذا الاتجاه فيما يتعلق بأحكام المحكمين الاجنبية بالاكتفاء بالتحقق من توفر الشروط التى يتطلبها القانون لاصدار الامر بتنفيذه ولا يلزم صدور الامر بتنفيذه فعلا.

ومما يجدر ذكره انه استقر العمل فى اكثر الدول بالاعتراف بطائفة من الاحكام الاجنبية من غير حاجة الى ان تكون مشمولة بالامر بالتنفيذ اذ يكفى للتمسك بحجيتها شرط ان تصدر صحيحة من الناحية الدولية من المحكمة المختصة وعدم مخالفتها للنظام العام...الخ وهذه الاحكام هي المتعلقة بالحالة كالاحكام الصادرة فى مسائل الزواج والطلاق والاهلية والوصايا والحجر وكالحكم بتصحيح اسم او بالغيبة او التبنى او تعين قيم او وصى لأن مثل هذه الاحكام تنشيء او تقرر حالة واقعية لا يمكن انكارها.

واذا ما انتقلنا الى الاتفاقيات التى ارتبطت بها المملكة وعلى وجه التخصيص الاتفاقيات الثلاث العربية. نجد ان اتفاقية جامعة الدول العربية لم تعالج من اثار الحكم الأجنبي فيما عدا امرا واحدا وهو قوة التنفيذ. اما اتفاقيتي الرياض والتعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي فقد نصت على الاعتراف والتنفيذ ، فالفقرة (ب) من المادة (٢٥) (١) من اتفاقية الرياض مثلا تقضي بالاعتراف بالاحكام الصادرة عن محاكم اي طرف متعاقد ولا يرفض الاعتراف به الا فى الحالات الواردة ذكرها فى المادة الثلاثين (٢) من الاتفاقية.

---

١ ـ فقرة ب م ٢٥، «مع مراعاة نص المادة ٣٠ فى هذه الاتفاقية يعترف كل من الاطراف المتعاقدة بالاحكام الصادرة فى محاكم اي طرف متعاقد اخر فى القضايا المدنية بما فى ذلك الاحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جرافية....»

٢ ـ يرفض الاعتراف بالحكم فى الحالات الاتية:ـ
١ـ اذا كان مخالفا لاحكام الشريعة الاسلامية....
٢ـ اذا كان غيابيا....
٣ـ اذا لم تراع قواعد قانون المرافعات...راجع النص فى الملحق.

الملحق

يضم هذا الملحق نصوص قانون رقم ٨/ ١٩٤١ قانون التركات للأجانب وغير المسلمين وقانون انتقال الاموال غير المنقولة المؤقت والنصوص التشريعية الخاصة بآثار الأحكام الأجنبية في قوانين بعض الدول العربية وإتفاقية جامعة الدول العربية لسنة ١٩٥٢ الخاصة بالاعلانات و الانابات القضائية و تنفيذ الأحكام واتفاقية الرياض لسنة ١٩٨٣ الخاصة بالاعتراف بالاحكام وتنفيذها واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي لسنة ١٩٨٩ واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ الأحكام المتعلقة بقرارات التحكيم الدولية .

قانون رقم ـ ٨ لسنة ١٩٤١

قانون التركات للاجانب وغير المسلمين

المادة الاولى ـ يسمى هذا القانون (قانون التركات للاجانب وغير المسلمين) ويعمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية . ويسري حكمه على اية تركة لا تكون قد وزعت فعلا حين العمل به .

المادة الثانية ـ في هذا القانون ما لم تتطلب القرينة غير ذلك يكون معنى ذيل الوصية ،وثيقة خطية متعلقة بوصية وهي كالوصية توضح سند التصرف بالتركة او تضيف اليه او تلغيه كله او تلغي اي قسم منه .

ومعنى «اجنبي» شخص غير اردني التابعية .

وتشمل «الاموال غير المنقولة» الاراضي الاميرية والاراضي المملوكة .

وتشمل «الاراضي الاميرية» الاراضي الموقوفة وجميع الاراضي الاخرى التي تسري عليها صراحة احكام القانون العثماني كما هو معروف في هذا القانون ،كما تشمل ايضا اي حق مسجل في هذه الاراضي .

وتشمل «الاموال المنقولة» جميع الاموال ما عدا غير المنقولة منها وتشمل بصورة خاصة الغلال والحاصلات الثابتة وان كانت لا تزال غير مجنية من الارض او الشجر .

وتشمل «الاراضي المملوكة» جميع الاراضي القابلة لان تورث او اي حق فيها على ان لا تكون اراضي اميرية .

وتشـمل «الاموال» الاموال المنقولة وغير المنقولة على السواء .

ومـعنى «القـانون العـثماني» الترجمة العـربية لقانون انتقال الاموال غير المنقولة المـوقت المؤرخ ٣ ربيع الاخـر ١٣٣١ كما هي مـدرجـة في الجـدول الملحق بهذا القـانون ومـعنى «وصية» تصريح قانوني خطي يتضمن مشيئة الموصي في كيفية التصرف بامواله بعد وفاته وتشمل نيل الوصية .

المادة الثالثة ـ تكون للمـحـاكم البـدائية صلاحية النظر في الامور المتعلقة بتصديق الوصـايا او بوراثة الامـوال في شرق الاردن اوبما ينشأ من خـلاف حول وصية او حول مثل هذه الوراثة وذلك في جميع الحـالات التي لم يصرح القـانون باعـطاء صـلاحـية النظر فيها الى محكمة اخرى . ومع مراعاة احكام المادة الخامسة من هذا القانون تنفرد تلك المحاكم بالصلاحية في جميع الحالات اذا كان المتوفي أجنبيا .

المادة الرابعة ـ مع مـراعـاة احكام المادة التـاسعة من هذا القانون تقوم المحكمة البدائية بتوزيع اموال الاجنبي بحسب القواعد التالية :

(أ) توزيع الاموال المنقولة التي خلفها المتوفي حسب قانون بلاده .

(ب) تقـرر صـفـحة الوصية التي تركها المتوفي من حيث شكلها او اهليته لعملها حسب قانون بلاده على انه اذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني بمقتضى هذا القانون فانها تعتبر صحيحة في جميع الاحوال .

(ج) اذا كـان قـانون البلاد التي ينتمي اليها المتوفي ينص على تطبيق قانون محل الاقـامـة او القـانون الديني يطبق القـانون المنصـوص على تطبـيـقه بهذه الصـورة . بشرط انه اذا كـان قـانون بلاده ينص على تطبـيق قانون محل الاقـامـة او القـانون الديني ولم يكن في القـانونين المذكـورين قواعد يمكن تطبـيـقـها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده ويشترط كـذلك اذا قـانون بلاده لا ينص على قـواعـد يمكن تطبـيـقها على الشخص المختص ان يطبق القانون العثماني .

المادة الخامسة ـ في اية حـالة يكون فـيها الاجنبي المتوفى عند وفاته مسلما ويكون قانون بلاده قـد نص على تطبـيق الشرع الاسـلامي فـيما يتـعلق بتوزيع امواله او منتميا الى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني يجوز لرئيس المحكمة البدائية ان يحـيل امـر ادارة امـوال هـذا الشـخص وتوزيعـهـا على المحكمـة الدينيـة ذات الاختصاص اذا هو استصوب ذلك وراه عدلا .

المادة السادسة ـ مع مراعاة احكام المادتين الرابعة والتاسعة من هذا القانون يترتب على المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية لدى قيامها بادارة اموال المتوفي وتوزيعها ان تتبع القواعد التالية :

(أ) اذا كانت ارملة المتوفي حاملا عند وفاته فلا توزع امواله إلا بعد الولادة .

(ب) لا يجوز للموصي ان يتصرف باكثر من ثلث امواله بوصية وتتبع التعليمات المذكورة في وصيته فيما يتعلق بهذا الثلث .

(ج) اذا كان الموصي عند وفاته منتميا الى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني تقرر صحة أية وصية تركها من حيث شكلها او اهليته لعملها بمقتضى قانون مجلس الطائفة الديني المذكورة على انه اذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني بمقتضى هذا القانون فانها تعتبر صحيحة في جميع الاحوال .

(د) اذا لم يكن الموصي عند وفاته منتميا الى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني فتقرر صحة اية وصية تركها من حيث شكلها واهليته لعملها بمقتضى هذا القانون .

(هـ) تطبق احكام القانون العثماني في توزيع جميع التركة عندما لا يترك المتوفي وصية . وفي توزيع ما لم يتصرف به او تصرف به بصورة غير مشروعة في وصيته من الاموال التي خلفها اذا هو ترك وصية .

المادة السابعة ـ تعتبر الوصية الموضوعة بشكل مدني صحيحة اذا توفرت فيها الشروط التالية:

(أ) ان تكون الوصية مكتوبة وموقعا عليها او مختومة في نهايتها من قبل الموصي او اي شخص اخر عهد اليه الموصي بذلك وفي كلتا الحالتين يجب ان يتم التوقيع او الختم بحضوره شاهدين على الاقل يشهدان معا على الوصية بحضور الموصي وان يكونا سليمي العقل عند عمل الوصية وقد بلغا الثامنة عشرة من العمر.

(ب) ان لا يكون الموصي دون الثامنة عشرة من العمر عند عمل الوصية وان لا يكون مصابا بعاهة في عقله .

(ج) ان لا يكون الموصي قد حمل على الوصية بالاحتيال او بتأثير غير مشروع .

المادة الثامنة ـ لا يحق لأي شخص ان ينال منفعة بموجب وصية معمولة بشكل مدني اذا كان احد الذين شهدوا عليها .

المادة التاسعة ـ المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الاحوال حقوق وراثة الاموال غير المنقولة الواقعة في شرق الاردن بمقتضى احكام قوانين شرق الاردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة .ويجب ان تطبق هذه الاحكام بصرف النظر عن اي تصرف قام به المتوفي او وكالة اعطاها بقصد التنفيذ بعد وفاته سواء اكان ذلك بوصية او بطريقة اخرى .

المادة العاشرة ـ اذا ظهر ان شخصا دون الثامنة عشرة من العمر له حق في اموال شخص متوفي تديرها محكمة بدائية فيجوز للمحكمة ان تصدر الامر الذي تراه مناسبا للمحافظة على حق هذا الشخص ويجوز بصورة خاصة ان تصدر اوامر :

(أ) بتفويض بيع او ايجار حصة هذا الشخص او اي قسم منها .

(ب) ببيان كيفية استعمال او استثمار هذه الحصة او ريعها .

(ج) ببيان كيفية دفع مبالغ من اصل رأس المال او من الريع لا عالة هذا الشخص او لمنفعته .

(د) بتعيين من يقوم مقام هذا الشخص في اية اجراءات .

المادة الحادية عشرة ـ في اية اجراءات لدى محكمة بدائية او مجلس طائفة ديني لا تكون جنسية اي شخص او عقيدته الدينية وحدهما سببا في اعتباره فاقد الاهلية القانونية لنيل حصة في اية تركة او نيل ما يصيبه بمقتضى اية وصية .

المادة الثانية عشرة ـ اذا كانت اموال المتوفي التي تديرها محكمة بدائية او مجلس طائفة ديني تشمل اموالا غير منقولة فعلى المحكمة او المجلس ان يوعز بتدوين مذكرة بذلك في الحال في دائرة التسجيل ولا يحق لمدير الاراضي بعد ذلك القيد ان يدون في السجل اية قيود جديدة تتعلق بحقوق اشخاص في الاموال المذكورة الا بأمر من تلك المحكمة او ذلك المجلس .

اذا احالت محكمة بدائية اي شأن من شؤون الادارة على محكمة دينية بمقتضى المادة الخامسة من هذا القانون فيترتب على المحكمة البدائية المذكورة ان تعلم دائرة التسجيل بهذه الا حالة ويقوم امر هذه المحكمة الدينية حينئذ مقام امر المحكمة البدائية .

المادة الثالثة عشرة ـ كل من يدعي ان له حقا في اية حصة من اموال غير منقولة تؤلف جزءا من تركة تديرها محكمة بدائية او مجلس طائفة ديني يجوز له ان يطلب الى

مـدير الاراضي ان يقيد اسمه في السجل من اجل حصته ويتم هذا القيد بناء عـلى ذلك عند دفـعـه الرسـوم المعنيـة وإبرازه أمـرا للمـدير من المحكمة او المجلس .

يجوز للمـدير المذكـور ان يرفض القـيد بمقتضى ذلك الامر في اية حالة اذا كـان لديه مـا يحمله على الاعـتـقـاد بان الاشـخـاص الذين يحق لهم قـيد اسمائهم كـورثة بمـوجب ذلك الامـر ليسوا الورثة الوحيدين للمتوفي الا اذا نـص في الامـر المـذكـور على انه يحوي اسماء جميع الاشـخاص المعروفين عندئذ بإنهم ورثة المتـوفي .واذا كان لدى مدير الاراضي ما يدعوه للشك فيما كان للمحكمة او المجلس الذي اصدر الامر المذكور صلاحية اصداره فيجوز له ان يحيل المسألة على المحكمـة المؤلفـة بمـوجب قانون مجالس الطوائف الدينيـة غير المسلمـة لتعيين المرجع في قضايا الاختلاف على الوظيفة وعليه ان يدون في السجل مذكرة بالطب والاحالة .

المادة الرابعة عشرة ـ لمجلس الوزراء بمـوافـقـة سـمو الامير المعظم ان يضع من وقت الى اخر انظمة بشأن الامور التالية وله ان يغيرها او يلغيها :

(أ) الاصـول الواجب اتبـاعها في اجراءات المحاكم البدائية لادارة تركة الاشخاص المتـوفين والرسـوم التي يجب ان تدفع والنفـقـات التي يسـمح بها في هذه الاجراءات

(ب) صلاحية كل محكمة بدائية بشأن الاجراءات لادارة التركة .

(ج) الاصـول الواجب اتباعها في دائرة التسجيل فيما يتعلق بقيد اسماء اشخاص في السـجل يسـتـحـقون حصة في الاموال غير المنقولة التي تؤلف جزءا من التركة .

(د) استثمار حصص القاصرين او حقوقهم والتصرف بها .

(هـ) أية مسألة اخرى تتطلب نظاما بمقتضى هذا القانون .

المادة الخامسة عشرة ـ يلغي ما يناقض احكام هذا القانون من احكام اي قانون اخر .

الجدول

قانون انتقال الاموال غير المنقولة الموقت

[٣ ربيع الاخر ١٣٢١ ـ٢٧ شباط سنة ١٣٢٨]

١ـ عند وفـاة شخص ينتقل ما في تصرفه من الاراضي الاميرية والموقونة الى شخص او اشخاص مـتـعـددين بحـسب الدرجـات الاتي ذكـرها .ويطلق على هؤلاء الاشـخـاص [اصحاب حق الانتقال] .

٢ ـ الدرجـة الاولى من اصـحـاب حق الانتـقال فروع المتوفي اي اولاده واحفاده .في هذه الدرجة يكون حق الانتـقـال في اول الامر للاولاد ثم للاحفاد بإعتبارهم اخلافا وكذلك لاحفاد الاولاد وعليـه فكل فـرع يكون حـيـا عند مـوت المتـوفي يمنع من حق الانتقال الفروع التي اتصلت بواسطتـه بالمتـوفي واي فـرع مـات قبل المتوفي تقوم فروعه مقامه اي انها تنال الحصة التي كـانت سـتنتقل اليه .فان وجد ان المتوفي كان له اولاد متعددون ماتوا كلهم قبله تنتقل حصة كل منهم الى فـروعه المتصلة بواسطته للمتوفي .واذا مات بعض الاولاد دون ان يعقب انحصر حق الانتـقـال للاولاد الاخـرين او بفروعهم .وكلما تعددت البطون يعامل الجميع حسب هذه القـواعد ويتساوى الذكور والاناث من الاولاد والاحفاد في حق الانتقال .

٣ ـ الدرجـة الثـانيـة من اصـحـاب حق الانتـقال ابوا المتوفي وفروعهما .فاذا كان الابوان حيين فـيكون حق الانتـقـال بالتـسـاوي .واذا كان احدهما قد مات قبل المتوفي قامت فروعه مقامه بترتيب الدرجـات حـسب الاحكام المذكـورة في الدرجـة الاولى فان لم توجد له فروع انحصر حق الانتـقـال في من لا يزال حـيـا من الابوين .واذا كان الابوان قد توفيا كلاهما قبلا تنتقل حصة كل منهما الى فروعه بترتيب الدرجات فان لم يكن لاحدهما فروع انتقلت حصته أيضا الى فروع الاخر .

٤ ـ الدرجـة الثـالثـة من اصـحـاب حق الانتـقال جدا المتوفي وجدتاه وفروعهم .اذا كان الجدان والجـدتان من جهتي الابوين جميعهم احياء ينالون حق الانتقال بالتساوي . واذا كان احدهم قد مات قبل المتوفي تقوم فروعه مقامه بترتيب الدرجات فأن لم تكن له فروع انتقلت الحصة التي كـانت سـتـصـيبه الى من كان حيا من زوجه الجد او زوج الجدة .وان لم يكن هذا حيا انتـقلت الى فروعه اذا كان الجدان من جهة احد الابوين متوفيين ولم تكن لهما فروع ينحصر حق الانتـقـال بالجدين من الجهة الاخرى او بفروعهما .الفروع التي تخلف الابوين والجدين بمقتضى هذه المادة تتبع احكام الانتقال المذكورة في الدرجة الاولى .

٥ ـ اذا نال اي فـروع من فروع الدرجات الاولى والثانية والثالثة حق الانتقال من جهات متعددة فأنه يأخذ ما يصيه من جميع هذه الجهات .

٦ ـ لا تنال المؤخـرة من الدرجات المذكورة في المواد السابقة حق الانتقال بوجود المقدمة منها غير انه اذا كـان الابوان او احـدهما في قـيـد الحـياة حال وجود اولاد المتوفي واحفاده فأن حصة السدس تنتقل اليهما او الى من كان منهما حيا .

٧ ـ ينال زوج الموفي او زوجـته حصة الربع اذا اجتمع باصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى وحصة النصف اذا اجتمع باصحاب حق الانتقـال من الدرجة الثانية او اجتمع بالجد والجدة فأذا اقـتـضت المادة الرابعـة اشترك فـروع الجـدود مع الجدود في نوال حق الانتقال فأن ما يصـيب هذه الفـروع يأخذه ايضا الحي من الزوج او الزوجة .اذا لم يوجد احد من اصحاب الانتـقـال بالدرجـتين الاولى والثـانيـة او من الجدود والجدات فينحصر حق الانتقال بالزوج والزوجة .

في ١٥ محرم الموافق ١٢ شباط ١٩٤١

النصوص التشريعية الخاصة باثار الاحكام الاحنبية في قوانين بعض الدول العربية

اولاً ـ القانون الاردني :

القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بتنفيذ الاحكام الاجنبية :

المادة (١) ـ يسـمى هذا القـانون "قـانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٢" ويعـمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية .

المادة (٢) ـ تعنى عـبـارة " الحكم الأجنبي"الواردة في هذا القـانون كل حكم صـدر من محكمة خـارج المملكة الاردنيـة الهاشـمـيـة (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق في اجراءات حـقـوقـيـة ويقضي بدفع مـبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب ، ويشـمل قـرار المحكمين في اجـراءات التـحكيم اذا كـان ذلك الفرار قد اصبح بحكم القـانون المعـمـول به في البلد الذي صدر فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور .

المادة (٣) ـ يجوز تنفـيـذ الحكم الأجنبي في المملكة الاردنية الهاشمية باقامة دعوى لتنفيذه امام محكمة بدائية .

المادة (٤) ـ تقـام الدعـوى بطلب تنفيذ حكم اجنبي باستدعاء يقدم الي المحكمة البدائية التي يقيم

المحكوم عليه ضمن صلاحيتها أو المحكمة التي تقع ضمن صلاحيتها أملاك المحكوم عليه التي يرغب في تنفيذ الحكم عليها اذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة الاردنية الهاشمية .

المادة (٥) ـ يجوز للمحكمة أن تبلغ الاشخاص المقيمين خارج دائرة اختصاصها بموجب شروط تستصوبها مع مراعاة اصول المحاكمات الحقوقية .

المادة (٦) ـ ترتب على المحكوم له أن يقدم الى المحكمة صورة مصدقة عن الحكم المطلوب تنفيذه مع صورة مصدقة عن ترجمتها اذا كان الحكم بغير اللغة العربية وصورة اخرى لتبليغها للمحكوم عليه .

المادة (٧) ـ

١ ـ يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع اليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال الاتية :

(أ) اذا لم تكن المحكمة التي اصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

(ب) اذا كان المحكوم عليه لم يتعاط اعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي اصدرت الحكم أو لم يكن مقيما داخل قضائها ولم يحضر باختيار أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحيتها .

(ج) اذا كان المحكوم عليه لم يبلغ مذكرة الحضور من المحكمة التي اصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيه .

(د) اذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيال .

(هـ) اذا اقنع المحكوم عليه المحكمة بأن الحكم لم يكتسب بعد الصورة القطعية .

(و) اذا كان الحكم بسبب دعوى لا تسمعها محاكم المملكة الاردنية الهاشمية اما لمخالفتها للنظام العام أو الاداب العامة .

٢ ـ يجوز للمحكمة أيضا ان ترفض الاستدعاء المقدم اليها بطلب تنفيذ حكم صادر من احدى محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الاردنية الهاشمية .

المادة (٨) ـ تسرى أحكام قانون أصول المحاكمات الحقوقية على الدعاوى التي تقام وفق هذا القانون .

المادة (٩) ـ تنفيذ الأحكام الصادرة بموجب هذا القانون بالطريقة التي تنفذ فيها الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية .

المادة (١٠) ـ تلغى القوانين التالية :

١ ـ قانون "تبادل تنفيذ الأحكام لسنة ١٩٢٢" الفلسطيني .

٢ ـ أصول الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٢٨ الفلسطيني .

ثانياً ـ القانون الكويتي :

(أ) قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في سنة ١٩٦٠ :

المادة ٢٧٦ ـ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الكويت .

ويطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم الحضور بالأوضاع المعتادة امام المحكمة الكلية ويجب التحقق من أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه ، وانه حاز قوة الأمر المقضي وفقا لهذا القانون ، وانه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة الكويت ، وانه لا يتضمن ما يخالف الاداب أو النظام العام في الكويت .

(ب) قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي :

المادة ٢٤ ـ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت ، وفقا للشروط وطبقا للاجراءات المقررة في المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المادة ٢٥ ـ أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها اذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه ، وذلك مع مراعاة القواعد المبينة في المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المادة ٢٦ ـ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في بلد أجنبي يجوز الامر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة التنفيذ ، المحررة في الكويت .

المادة ٢٧ ـ يطلب الأمر بتنفيذ السندات الرسمية المذكورة في المادة السابقة بعريضة تقدم لقاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الكلية .ولا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي تم فيه ، ومن خلوه مما يخالف الاداب والنظام العام في الكويت .

المادة ٢٨ ـ العمل بالقواعد المقررة في المواد السابقة (م ٢٤ ـ ٢٧) لا يخل بأحكام المعاهدات التي تعقد بين الكويت وبين غيرها من الدول في هذا الشأن .

المادة ٢٩ ـ يكون للحكم الصادر في بلد أجنبي أو لحكم المحكمين الصادر في بلد أجنبي حجية الأمر المقضي ، اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لأن يكون قابلا للتنفيذ في الكويت ، وذلك دون حاجة الى الحصول على أمر بالتنفيذ .

المادة ٣٠ ـ يعتبر كل من الحكم أو الأمر الصادر في بلد أجنبي ، وحكم المحكمين الصادر في بلد أجنبي ، والسند الرسمي الأجنبي ، محررا رسميا يتمتع ، في اثبات الوقائع التي قررها ، بالقوة التي يعطيها له قانون الدولة التي صدر منها .

ثالثاً ـ القانون السوري :

قانون أصول المحاكمات الصادر في سنة ١٩٥٣ :

المادة ٣٠٦ ـ الأحكام الصادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام السورية فيه .

المادة ٣٠٧ ـ يطلب الحكم بالتنفيذ بدعوى ترفع أمام المحكمة البدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها .

المادة ٣٠٨ ـ لا يجوز الحكم بالتنفيذ لا بعد التحقق مما يأتي :

أ ـ ان الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه وانه حاز قوة القضية وفقا لذلك القانون .

ب ـ ان الخصوم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثلا صحيحا .

ج ـ ان الحكم لا يتعارض مع حكم أو قرار سبق صدوره من المحاكم السورية

د ـ ان الحكم لا يتضمن ما يخالف الاداب أو قواعد النظام العام في سورية .

المادة ٣٠٩ ـ أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها اذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه ، وذلك مع مراعاة القواعد المبينة في المواد السابقة .

المادة ٣١٠ ـ

١ ـ الاسناد الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأسناد الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في سورية .

٢ ـ يطلب الحكم بالتنفيـذ بدعـوى تقـدم الى محكمـة البـداية التي يراد التنفيذ في دائرتها .

٣ ـ لا يجوز الحكم بالتنفيـذ الا بعـد التـحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفـقا لقانون البلد الذي تم فيه ، ومن خلوه مما يخالف الاداب والنظام العام في سورية .

المادة ٣١١ ـ العـمل بالقـواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة والتي تعقد بين سورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن .

رابعاً ـ القانون العراقي :

القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ الخاص بتنفيذ الأحكام الاجنبية :

المادة الأولى ـ يراد من هذا القانون بعبارة :

الحكم الأجنبي : الحكم الصادر من محكمة مؤلفة خارج العراق .

المحكمة الاجنبية : المحكمة التي اصدرت الحكم الاجنبي .

البلاد الاجنبية : البلاد التي صدر فيها الحكم الاجنبي .

المادة الثانية ـ يجوز ان ينفـذ الحكم الأجنبي في العراق وفقا لأحكام هذا القانون ، بقرار يصدر من محكمة عراقية يسمى "قرار التنفيذ" .

المادة الثالثة ـ على من يريد تنفيذ حكم أجنبي أن :

(أ) يقيم الدعوى لدى محكمة البداءة لاصدار "قرار التنفيذ" .

(ب) تكون المراجـعـة الى المحكمـة المخـتصة الكائنة في المحل الذي يقيم فيه المحكوم عليـه . واذا لم يكن له محل اقامة ثابت في العراق ففي المحل الذي فيه الأموال المطلوب وضع الحجز عليها.

(ج) يصـحب الطلب بنسـخـة من الحكم الأجنبي المطلوب تنفـيـذه مـصـدقة وفقا للأصول مع بيان أسبابه .

المادة الرابعة ـ تعين المحكمـة عند اقامة الدعوى يوما للمرافعة ، وتجلب المحكوم عليه سواء كان في العراق أو خارجه وفقا للاصول .

المادة الخامسة ـ تصـدر المحكمـة "قـرار التنفـيـذ" أو ترفض الطلب بأصداره وفق أحكام هذا القانون ، وذلك بعد اكمال المرافعة .

المادة السادسة ـ يجب ان تتوفر الشروط الاتية بأجمعها في كل حكم يطلب اصدار قرار التنفيذ بشأنه وتنظر المحكمة من تلقاء نفسها في توفر هذه الشروط سواء دافع المحكوم عليه من أجلها أو لا .

(أ) كون المحكوم عليه مبلغا بالدعوى المقامة لدى المحكمة الاجنبية بطرق معقولة وكافية للتبليغ .

(ب) كون المحكمة الأجنبية ذات صلاحية بالمعنى الوارد في المادة ٧ من هذا القانون

(ج) كون الحكم يتعلق بدين أو بمبلغ معين من النقود أو كون المحكوم به تعويضا مدنيا فقط اذا كان الحكم الاجنبي صادرا في دعوى عقابية .

(د) ان لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام .

(هـ) أن يكون الحكم حائزا صفة التنفيذ في البلاد الاجنبية .

المادة السابعة : ـ تعتبر المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق أحد الشروط الاتية :

(أ) كون الدعوى متعلقة باموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية

(ب) كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله او قسما منه يتعلق به الحكم .

(ج) كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية

(د) كون المحكوم عليه مقيما عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشتغلا بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى .

(هـ) كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره .

(و) كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه .

المادة الثامنة : ـ

(أ) ترد المحكمة طلب اصدار قرار التنفيذ فيها اذا اثبت المحكوم عليه لديها بأن الحكم قد استحصل بطريق التدليس أو أن سير الدعوى في المحكمة الأجنبية جرى مخالفا للعدل والانصاف ، أو اذا وجدت المحكمة بأن الحكم لم تتوفر فيه شروط المادة ٦ بأجمعها .

(ب) على المحكمة وفيما اذا اثبت المحكوم عليه بأن له حق مراجعة محكمة أعلى وقد راجعها أو انه يريد مراجعتها وفقا للأصول ، أن تؤجل الدعوى الى حين انهاء المعاملة في تلك المحكمة . وللمحكمة اذا اقتضت الضرورة أن تأمر

بوضع الحجز الاحتياطي بعد أخذ الكفالة من المحكوم له اذا لم يكن ثمة اعتراض على الحكم مما نص عليه في فقرة أ من هذه المادة .

المادة التاسعة ـ تكون القرارات الغيابية التي تصدرها محكمة البداءة بمقتضى هذا القانون تابعة لعين الأحكام المتعلقة بالاعتراض ، الا أنها لا تكون قابلة للاستئناف بل للتمييز في محكمة التمييز .

المادة العاشرة ـ يستوفى من الدعاوى التي تقام بمقتضى هذا القانون نصف الرسوم المتعلقة بالدعاوى المدنية .

المادة الحادية عشره ـ يطبق هذا القانون على الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية تعين بأنظمة خاصة تصدر من وقت لاخر كلما صارت أحكام المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الاجنبية بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية او بمقتضى القوانين المرعية في تلك البلاد سواء كان ذلك بأصدار قرار التنفيذ أو بأجراءات أخرى تماثله من حيث النتيجة .

خامساً ـ القانون المصري :

قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في سنة ١٩٦٨ :

المادة ٢٩٦ ـ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه .

المادة ٢٩٧ ـ يقدم طلب الأمر بالتنفيذ الى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى .

المادة ٢٩٨ ـ لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي :

(١) ان محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وان المحاكم الاجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .

(٢) ان الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا .

(٣) ان الحكم أو الامر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته .

(٤) أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم

الجمهوية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الاداب العامة فيها .

المادة ٢٩٩ ـ تسري احكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي . ويجب ان يكون الحكم صادرا في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقا لقانون الجمهورية .

المادة ٣٠٠ ـ السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في الجمهورية ويطلب الأمر بالتنفيذ بعريضة تقدم لقاضي التنفيذ الذي يراد التنفيذ في دائرة اختصاصه .

ولا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي تم فيه ومن خلوه مما يخالف النظام العام أو الاداب في الجمهورية .

المادة ٣٠١ ـ العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن .

سادساً ـ القانون الليبي :

قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادرة في سنة ١٩٥٣ :

المادة ٤٠٥ ـ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الليبية فيه .

المادة ٤٠٦ ـ يطلب الامر بالتنفيذ بتكليف الخصم الحضور بالاوضاع المعتادة أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها .

المادة ٤٠٧ ـ لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي :

١ ـ أن الحكم أو الامر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه وانه حائز قوة الشيء المقتضي وفقا لذلك القانون .

٢ ـ أن الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا .

٣ ـ أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الليبية .

٤ ـ ان الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف الاداب أو قواعد النظام العام فيها

المادة ٤٠٨ ـ أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها اذا كانت نهائية وقابلة للتنفيـذ في البلد الذي صـدرت فـيـه . وذلك مع مـراعـاة القواعد المبينة في المواد السابقة .

المادة ٤٠٩ ـ تحكم المحكمة في طلب الأمر بالتنفيذ على وجه السرعة .

المادة ٤١٠ ـ السندات الرسـمـية القابلة للتنفيذ المحررة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقـررة في قـانون ذلك البلد لتنفـيـذ السندات الرسـمـية القابلة للتنفيذ المحررة في ليبيا .

ويطلب الأمـر بالتنفـيذ بعريضة لقاضي الأمر الوقتية بالمحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها . ولا يجوز الأمـر به الا بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسـمـيـة السند وفـقـا لقانون البلد الذي تم فيه ومن خلوه مما يخالف الاداب والنظام العام في ليبيا .

المادة ٤١٠ ـ العـمل بالقـواعـد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين ليبيا وبين غيرها من الدول في هذا الشأن .

جامعَة الدول العربية

الامانة العامة

اتفاقية الاعلانات والابانات القضائية

أولا ـ (الاعلانات ـ التبليغات) : ـ

المادة الاولى

يكون اعلان الاوراق والوثائق القضائية في دول الجامعة العربية الموقعة على هذه الاتفاقية وفقا لما هو مقرر في المادتين الثانية والرابعة .

المادة الثانية

يجري الاعلان طبقا للاجراءات المقررة لذلك بقوانين الدولة المطلوب اليها الاعلان ـ على انه اذا رغبت الدولة الطالبة في اجرائه وفقا لتشريعها اجيبت الى رغبتها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة المطلوب اليها الاعلان .

المادة الثالثة

ترسل الاوراق والوثائق القضائية الدبلوماسي مع مراعاة ما يأتي : ـ

أ ـ يذكر في الطلب المقدم جميع البيانات المتعلقة بالشخص المطلوب اعلانه ـ اسمه ولقبه ومهنته ومحل اقامته ـ وتحرر الوثيقة المطلوب اعلانها من صورتين تسلم احداهما للمطلوب اعلانه وتعاد الثانية موقعا عليها منه أو مؤشرا بما يفيد التسليم أو الامتناع عنه .

ب ـ يبين الموظف المكلف بالاعلان على الصورة المعادة كيفية اجراء الاعلان أو السبب في عدم اجرائه .

ج ـ تحصل الدولة طالبة الاعلان لحسابها الرسول المستحقة عليه وفقا لقوانينها ولا تتقاضى الدولة المطلوب اليها اجراؤه رسما عنه .

المادة الرابعة

لا تعارض الدولة المطلوب اجراء الاعلان لديها في ان تتولاه قنصلية الدولة طالبة الاعلان في دائرة اختصاصها اذا كان الشخص المعلن من رعايا الدولة الطالبة . ولا تتحمل الدولة الجاري الاعلان لديها وفقا لذلك اية مسؤولية .

المادة الخامسة

يعتبرَ الاعلان الحاصل وفقا لهذه الاتفاقية كأنه قد تم في أرض الدولة طالبة الاعلان .

ثانيا ـ « الاستنابة القضائية » :

المادة السادسة

لكل من الدول المرتبطة بهذه الاتفاقية ان تطلب الى أية دولة منها أن تباشر في أرضها نيابة عنها أي اجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر وذلك وفقا لاحكام المادتين التاليتين :ـ

المادة السابعة

يقدم طلب الانابة القضائية بالطريق الدبلوماسية وينفذ على الوجه الاتي : ـ

أ ـ تقوم السلطة القضائية المختصة بتنفيذ الانابة المطلوبة طبقا للاجراءات القانونية المتبعة لديها على انه اذا رغبت الدولة الطالبة في تنفيذ الانابة بطريقة أخرى اجيبت الى رغبتها ، ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة المنفذة .

ب ـ تحاط السلطة الطالبة علما بمكان وزمان تنفيذ الانابة ، لكي يتاح للطرف ذي الشأن ان يحضر اذا شاء شخصيا أو يوكل من ينوب عنه .

ج ـ اذا كانت الانابة تتعلق بموضوع أو اجراء لا يجيزه قانون الدولة المطلوب اليها التنفيذ أو اذا تعَذر التنفيذ ، ففي كلتا الحالتين تشعر الدولة المطلوب اليها التنفيذ السلطة الطالبة بذلك مع بيان الاسباب .

د ـ تتحمل الدولة المطلوب اليها تنفيذ الانابة رسومها ، ما عدا اتعاب الخبراء ، فعلى الدولة الطالبة اداؤها ويرسل بها بيان مع ملف الانابة .

على ان الدولة المطلوب اليها تنفيذ الانابة ان تتقاضى لحسابها ووفقا لقوانينها الرسوم المقررة على الاوراق التي تقدم أثناء تنفيذ الانابة .

المادة الثامنة

يكون للاجراء القضائي الذي يتم بواسطة انابة قضائية وفقا للاحكام المقدمة نفس الاثر القانوني الذي يكون له فيما لو تم امام السلطة المختصة في الدولة الطالبة .

المادة التاسعة

لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة الاجراء القضائي في بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو امانة أو كفالة لا يلزم بها رعيا هذا البلد .

كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق في المساعدة القضائية أو الاعفاء من الرسوم القضائية .

المادة العاشرة

يصدق على هذه الاتفاقية من الدول الموقعة عليها طبقا لنظمها الدستورية في أقرب وقت ممكن وتودع وثائق التصديق لدى الامانة العامة لجامعة الدول العربية التي تعد محضرا بايداع وثيقة تصديق كل دولة وتبلغه الى الدول المتعاقدة الاخرى

المادة الحادية عشر

يجوز لدول الجامعة غير الموقعة على هذه الاتفاقية ان تنضم اليها باعلان يرسل منها الى الامين العام لجامعة الدول العربية الذي يبلغ انضمامها الى الدول الاخرى المرتبطة بها .

المادة الثانية عشر

يعمل بهذه الاتفاقية بعد شهر من تاريخ ايداع وثائق تصديق ثلاث من الدول الموقعة عليها . وتسري في شأن كل من الدول الاخرى بعد شهر من تاريخ ايداع وثيقة تصديقها أو انتمائها .

لكل دولة مرتبطة بهذه الاتفاقية ان تنسحب منها وذلك باعلان ترسله الى الامين العام لجامعة الدول العربية . ويعتبر الانسحاب واقعا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ ارسال الاعلان به . على ان تبقى هذه الاتفاقية سارية بالنسبة للاوراق والوثائق القضائية التي طلب اعلانها والانابات القضائية التي قدمت قبل نهاية المدة المذكورة .

جامعة الدول العربية

الامانة العامة

اتفاقية تنفيذ الاحكام

المادة الاولى

كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية (الجزائية) أو متعلق بالاحوال الشخصية صادر من هيئة قضائية في احدى دول الجامعة العربية يكون قابلا للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقا لاحكام هذه الاتفاقية .

المادة الثانية

لا يجوز للسلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ ان تبحث في موضوع الدعوى. ولا يجوز لها ان ترفض تنفيذ الحكم الا في الاحوال التالية : ـ

أ ـ اذا كانت الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بسبب عدم ولايتها (عدم الاختصاص المطلق) أو بحسب قواعد الاختصاص الدولي .

ب ـ اذا كان الخصوم لم يعلنوا على الوجه الصحيح .

ج ـ اذا كان الحكم مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الاداب العامة فيها أو اذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية .

د ـ اذا كان قد صدر حكم نهائي بين نفس الخصوم في ذات الموضوع من احدى محاكم الدولة المطلوب اليها التنفيذ أو انه توجد لدى هذه المحاكم دعوى قيد النظر بين نفس الخصوم في ذات الموضوع رفعت قبل اقامة الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه .

المادة الثالثة

مع مراعاة ما ورد في المادة الاولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب اليها تنفيذ حكم محكمين صادر في احدى دول الجامعة العربية ، اعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه وانما لها ان ترفض طلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع اليها في الاحوال الاتية : ـ

أ ـ اذا كان قانون الدولة المطلوب اليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم .

ب ـ اذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين .

ج ـ اذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شروط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه .

د ـ اذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح .

هـ ـ اذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الاداب العامة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الاداب العامة فيها .

و ـ اذا كان حكم المحكمين ليس نهائيا في الدولة التي صدر فيها .

المادة الرابعة

لا تسري هذه الاتفاقية بأي وجه من الوجوه على الاحكام التي تصدر ضد حكومة الدولة

المطلوب اليـها التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها حسب الوظيفة فقط ، كمالا تسري على الاحكام التي يتنافى تنفـيـذها مع المعاهدات أو الاتفاقات الدولية المعمول بها في البلد المطلوب اليه التنفيذ .

المادة الخامسة

يجب أن ترفق بطلب التنفيذ المستندات الاتية : ـ

١ ـ صـورة رسمية طبق الاصل مصدق عليها من الجهات المختصة للحكم المطلوب تنفيذه المذيل بالصيغة التنفيذية .

٢ ـ أَصل اعلان الحكم المطلوب تنفيذه أو شهادة رسمية دالة على ان الحكم تم اعلانه على الوجه الصحيح .

٣ ـ شـهـادة من الجـهـات المخـتـصـة دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ.

٤ ـ شـهـادة دالة على أن الخصوم اعلنوا بالحضور امام الجهات المختصة أو أمام هيئة المحكمين على الوجه الصحيح اذا كان الحكم أو قرار المحكمين المطلوب تنفيذه قد صدر غيابا .

المادة السادسة

يكون للاحكام التي يتقرر تنفيذها في احدى دول الجامعة نفس القوة التنفيذية التي لها في محاكم الدولة طالبة التنفيذ .

المادة السابعة

لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة التنفيذ في بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو أمانة أو كفالة لا يلزم بها رعـايا هذا البلد ، كـذلك لا يجوز حـرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق في المساعدة القضائية أو الاعفاء من الرسوم القضائية .

المادة الثامنة

تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التي ترفع اليها طلبات التنفيذ واجراءاته وطرق الطعن في الامر أو القرار الصادر في هذا الشأن وتبلغ ذلك الى كل من الدول المتعاقدة الاخرى .

المادة التاسعة

يصـدق على هذه الاتفاقية من الدول الموقعة عليها طبقا لنظمها الدستورية في أقرب وقت ممكن . وتودع وثائق التـصـديق الامـانة العـامـة لجـامـعة الدول العربية التي تعد محضرا بايداع وثيقة

تصديق كل دولة وتبلغه الى الدول المتعاقدة الاخرى

المادة العاشرة

يجوز لدول الجامعة غير الموقعة على هذه الاتفاقية ان تنضم اليها باعلان يرسل منها الى الامين العام لجامعة الدول العربية الذي يبلغ انضمامها الى الدول الموقعة .

المادة الحادية عشر

يعمل بهذه الاتفاقية بعد شهر من ايداع وثائق تصديق ثلاث من الدول الموقعة عليها . وتسري في شإن كل من الدول الاخرى بعد شهر من ايداع وثيقة تصديقها أو انضمامها.

المادة الثانية عشر

لكل دولة مرتبطة بهذه الاتفاقية ان تنسحب منها . وذلك باعلان ترسله الى الامين العام لجامعة الدول العربية . ويعتبر الانسحاب واقعاً بعد مضي ستة أشهر من تاريخ ارسال الاعلان به . على ان تبقى أحكام هذه الاتفاقية سارية على الاحكام التي طلب تنفيذها قبل نهاية المدة المذكورة.

اتفاقية الرياض

الباب الخامس

(الاعتراف بالاحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والادارية وقضايا الاحوال الشخصية وتنفيذها)

مادة ٢٥

(قوة الامر المقضي به)

أ ـ يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار ـ أيا كانت تسميته ـ يصدر بناء على اجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الاطراف المتعاقدة .

ب ـ مع مراعاة نص المادة ٣٠ من هذه الاتفاقية ، يعترف كل من الاطراف المتعاقدة بالاحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد أخر في القضايا المدنية بما في ذلك الاحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية ، وفي القضايا التجارية ، والقضايا الادارية وقضايا الاحوال الشخصية ، الحائزة لقوة الامر المقضي به وينفذها في أقليمة وفق الاجراءات المتعلقة بتنفيذ الاحكام المنصوص عليها في هذا الباب وذلك اذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب ، وكان

النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمه أو لمحاكم طرف اخر دون غيرها بالاختصاص باصدار الحكم .

ج ـ لا تسري هذه المادة على : ـ

ـ الاحكام التي تصدر ضد حكومة الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف أو التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها فقط .

ـ الاحكام التي يتنافى الاعتراف بها وتنفيذها مع المعاهدات والاتفاقات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

ـ الاجراءات الوقتيه والتحفظية والاحكام الصادرة في قضايا الافلاس والضرائب والرسوم .

مادة ٢٦

(الاختصاص في حالة النزاع حول أهلية الشخص طالب التنفيذ أو حالته الشخصية)

تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضايا الاهلية والاحوال الشخصية اذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية .

مادة ٢٧

(الاختصاص في حالة الحقوق العينية)

تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في أقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به .

مادة ٢٨

(حالات اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم)

في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين ٢٦ ، ٢٧ من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الاتية : ـ

أ ـ اذا كان موطن المدعي عليه أو محل أقامته وقت النظر في الدعوى (أفتتاح الدعوى) في أقليم ذلك الطرف المتعاقد .

ب ـ اذا كان للمدعي عليه وقت النظر في الدعوى (أفتتاح الدعوى) محل أو فرع ذو صبغة

تجـارية أو صناعية أو غير ذلك في اقليم ذلك الطرف المتعاقد ، وكانت قد أقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذا المحل أو الفرع .

ج - اذا كـان الالتـزام التـعاقدي موضوع النزاع قد نفذ ، أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعي والمدعى عليه

د - في حـالات المسؤولية غير العقدية ، اذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في أقليم ذلك الطرف المتعاقد .

هـ - اذا كان المدعي عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كـان عن طريق تعـيين مـوطن مختار أو عن طريق الاتفاق على أختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق .

و - اذا أبدى المدعي عليـه دفـاعـه في مـوضـوع الدعوى دون أن يدفع بعدم أختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع .

ز - اذا تعلق الامـر بطلبـات عارضة وكانت هذه المحاكم قد أعتبرت مختصة بنظر الطلب الاصلي بموجب نص هذه المادة .

مادة ٢٩

(مدى سلطة محاكم الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه عند بحث الاسباب التي بني عليها أختصاص محاكم الطرف المتعاقد الاخر)

تتـقـيد محاكم الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه . عند بحث الاسباب التي بني عليـها أختصاص محاكم الطرف المتعاقد الاخر . بالوقائع الواردة في الحكم التي أستند اليها في تقرير الاختصاص وذلك ما لم يكن الحكم قد صدر غيابيا .

مادة ٣٠

(حالات رفض الاعتراف بالحكم)

يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الاتية :

أ - اذا كـان مخالفـا لاحكام الشريعة الاسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام . أو الاداب في الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف .

ب ـ اذا كـان غيابيا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم أعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه .

ج ـ اذا لم تراع قـواعـد قـانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف الخاصة بالتمثيل القانوني للاشخاص عديمي الأهلية أو ناقصها .

د ـ اذا كـان النزاع الصـادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لحكم صادر في الموضوع بين الخـصـوم أنفسـهم ويتـعلق بذات الحق محلا وسببا وحائز لقوة الامر المقتضي به لدى الطرف المتـعـاقد المطلوب اليه الاعتراف أو لدى طرف متعاقد ثالث ، ومعترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف .

هـ ـ اذا كـان النزاع الصـادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لدعـوى منظورة أمـام احدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا ، وكانت الدعوى قد رفعت الى محاكم هذا الطرف المتعاقد الاخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار اليه .

وللجـهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقا لنص هذه المادة ان تراعي القواعد القانونية في بلدها .

مادة ٣١

(تنفيذ الحكم)

أ ـ يكون الحكم الصـادر من محاكم أحـد الاطراف المتـعـاقدة والمعترف به من الاطراف المتعاقدة الاخـرى طبـقـا لاحكام هذه الاتفـاقـية ، قابلا للتنفيذ لدى ذلك الطرف الاخر متى كان قابلا للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابعة له المحكمة التي أصدرته .

ب ـ تخضع الاجـراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم ، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك .

مادة ٣٢

(مـهـمـة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه)

نقـتصر مـهـمـة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه ، على التحقق مما اذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية

وذلك دون التعرض لفحص الموضوع . وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها .

وتأمر الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالحكم ـ حال الاقتضاء ـ عند اصدار أمرها بالتنفيذ باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية نفسها التي تكون له لو أنه صدر من الطرف المتعاقد الذي يراد تنفيذه لديه .

ويجوز أن ينصب طلب الامر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله أو بعضه أن كان قابلا للتجزيه .

مادة ٣٣

(الاثار المترتبة على الامر بالتنفيذ)

تسري اثار الامر بالتنفيذ على جميع أطراف الدعوى المقيمين في أقليم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه .

مادة ٣٤

(المستندات الخاصة بطلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه)

يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم لدى أي من الاطراف المتعاقدة الاخرى تقديم ما يلي:

أ ـ صورة كاملة رسمية من الحكم مصدقا على التوقيعات فيها من الجهة المختصة .

ب ـ شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الامر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته .

ج ـ صورة من مستند تبليغ الحكم مصدقا عليها بمطابقتها للاصل أو أي مستند اخر من شأنه أثبات أعلان المدعي عليه أعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي .

وفي حالة طلب تنفيذ الحكم يضاف الى الوثائق المذكورة أعلاه صورة مصدقة من الحكم القاضي بوجوب التنفيذ .

ويجب أن تكون المستندات المبينة في هذه المادة موقعا عليها رسميا ومختومة بخاتم المحكمة المختصة دون حاجة الى التصديق عليها من أية جهة أخرى . باستثناء المستند المنصوص عليه في البند (أ) من هذه المادة .

مادة ٣٥

(الصلح أمام الهيئات المختصة)

يكون الصلح الذي يتم اثباته أمام الهيئات القضائية المختصة طبقا لاحكام هذه الاتفاقية لدى أي من الاطراف المتعاقدة معترفا به ونافذا في سائر أقاليم الاطراف المتعاقدة الاخرى بعد التحقق من أن له قـوة السند التنفـيـذي لدى الطرف المتـعـاقـد الذي عقد فيه ، وانه لا يشتمل على نصوص تخالف أحكام الشريعـة الاسـلامـيـة أو أحكام الدسـتـور أو النظام العام أو الاداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف بالصلح أو تنفيذه .

ويتـعين على الجـهة التي تطلب الاعتراف بالصلح أو تنفيذه ان تقدم صورة معتمدة منه وشهادة رسمية من الجهة القضائية التي أثبتته تفيد أنه حائز لقوة السند التنفيذي .

وتطبق في هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة ٣٤ من هذه الاتفاقية .

مادة ٣٦

(السندات التنفيذية)

السندات التنفـيـذية لدى الطرف المتـعـاقـد التي أبرمت في أقليـمـه يؤمر بتنفيذها لدى الاطراف المتـعَـاقـدة الاخـرى طبـقـا للاجراءات المتبعة بالنسبة للاحكام القضائية اذا كانت خاضعة لتلك الاجـراءات ويشـترط الا يكون في تنفـيـذها ما يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية أو الدستور أو النظام العام أو الاداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

ويتـعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بسند موثق وتنفيذه لدى الطرف المتعاقد الاخر أن تقدم صـورة رسـمـيـة منه مختومة بخاتم الموثق أو مكتب التوثيق مصدقا عليها ، أو شهادة صادرة منه تفيد أن المستند حائز لقوة السند التنفيذي .

وتطبق في هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (٣٤) من هذه الاتفاقية .

مادة ٧٢

(الغاء الاتفاقيات المعمول بها حاليا)

تحل هذه الاتفـاقـيـة بالنسـبـة للدول التي صـادقت عليها محل الاتفاقيات الثلاث المعقودة عام ١٩٥٢ في نطاق جـامـعـة الدول العـربيـة والمعمول بها حاليا بشأن كل من الاعلانات والانابات القضائية ، وتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين .

وتأييد لما تقدم قد وقع المندوبون المفوضون المبينة أسماؤهم بهد هذه الاتفاقية نيابة عن حكوماتهم وبأسمها .

حررت هذه الاتفاقية باللغة العربية بمدينة الرياض عاصمة المملكة العربية السعودية يوم الاربعاء الثالث والعشرين من شهر جمادي الثانية عام ١٤٠٣هـ الموافق السادس من شهر أبريل /نيسان ١٩٨٣ من أصل واحد يحفظ بالامانة العامة لجامعة الدول العربية وتسلم صورة مطابقة للاصل لكل طرف من الاطراف الموقعة على هذه الاتفاقية أو المنضمة اليها .

صدرت الارادة الملكية السامية بالموافقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي بشكلها التالي : ـ

أتفاقية التعاون القانوني والقضائي
بين دول مجلس التعاون العربي

ان دول مجلس التعاون العربي :

المملكة الاردنية الهاشمية

الجمهورية العراقية

جمهورية مصر العربية

الجمهورية العربية اليمنية

أنطلاقا من ايمانها العميق في ايجاد السبل العملية والواقعية لتعزيز صيغ التعاون القانوني والقضائي وتطويره والارتقاء به الى اعلى مستوى من التنسيق والتكامل بما يحقق وحدة التشريع بين دول المجلس الذي يعتبر هدفا قوميا ينبغي السعي لتحقيقه .

ورغبة منها بأن يكون التعاون القانوني والقضائي شاملا لجميع المجالات بما يتفق واهداف اتفاقية نجلس التعاون العربي الموقع عليها في بغداد في ١٠ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٦ شباط ـ فبراير ١٩٨٩ ميلادية .

قد اتفقت على ما يلي :

الباب الاول

مجال التعاون القانوني والقضائي

المادة ١

تتبادل الاطراف المتعاقدة بصفة منتظمة المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي وتعمل على اتخاذ الاجراءات الرامية الى التنسيق بين النصوص التشريعية في هذا المجال .

المادة ٢

تتبادل الاطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية والمجلات التي تنشر فيها الاحكام القضائية .

المادة ٣

تتبادل الاطراف المتعاقدة القضاة واعضاء الادعاء العام (النيابة العامة) والباحثين القانونيين وتشجع زيارة الوفود القضائية وتنظم دورات تدريبية للعاملين في الجهاز القضائي والاجهزة المساعدة له (الدوائر العدلية) .

المادة ٤

تشجع الاطراف المتعاقدة عقد المؤمرات والندوات وحلقات البحث المتعلقة بالقضاء والعدالة والمواضيع القانونية الاخرى .

المادة ٥

تتبادل الاطراف المتعاقدة الخبرات والتجارب بشأن استخدام التقنيات الحديثة لتطوير وسائل العمل في المحاكم والدوائر العدلية .

المادة ٦

تجري المراسلات الخاصة بالامور المنصوص عليها في المواد السابقة من هذه الاتفاقية بين وزارات العدل لدى الاطراف المتعاقدة .

المادة ٧

يتمتع مواطنو الاطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها وكذلك الاشخاص المعنوية المنشأة او

المصرح بها وفقا لقوانين كل طرف بحق التقاضي أمام الجهات القضائية للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها ولا يجوز لاي طرف وضع أية قيود تقيد أو تحد من استعمال هذا الحق .

ولرعايا كل من الاطراف المتعاقدة على اقليم الدولة الاخرى الحق في التمتع بالمساعدة القضائية بذات الشروط الخاصة برعايا هذه الدولة .

المادة ٨

يجوز لاحد الاطراف المتعاقدة الطلب من الطرف المتعاقد الاخر تزويده ببيانات عن الاحكام القضائية النهائية الصادرة بحق مواطنيه المقيمين لديه والمقيدة في صحف الحالة الجنائية .

المادة ٩

تكون للوثائق والمستندات الرسمية المصدقة وفق الاصول القانونية والمبلغة (المعلنة) من الجهات المختصة لدى أحد الاطراف المتعاقدة نفس القوة والاثار القانونية للوثائق الرسمية الصادرة في دولة الطرف الاخر .

الباب الثاني

تبليغ (أعلان) الوثائق والاوراق القضائية

المادة ١٠

يتم تبليغ (أعلان) الوثائق والاوراق القضائية وفقا لقوانين الطرف المطلوب اليه التبليغ (الاعلان)

المادة ١١

أولا : تتم اجراءات التبليغ (الاعلان) مباشرة بين السلطات القضائية المتماثلة دون توسط الطرق الدبلوماسية . واذا لم توجد جهة قضائية متماثلة تقسم الاجراءات بواسطة المحكمة التي تقع في دائرتها محل اقامة المطلوب تبليغه . وبالنسبة لتبليغات (اعلانات) عريضة الدعوى المرفوعة ضد أشخاص اعتبارية مقيمة في اي من البلدين من المتعين كذلك ان نرسل صورة من الاعلان والتبليغ الى مكتب وزير العدل .

ويعتبر الاعلان أو التبليغ الحاصل في أقليم أي من الاطراف المتعاقدة طبقا لاحكام هذه الاتفاقية كأنه قد تم في أقليم الطرف الاخر .

ثانيا : ترسل الوثائق والاوراق القضائية المتعلقة بالقضايا الجزئية مباشرة عن طريق وزارة العدل لدى كل طرف متعاقد .

المادة ١٢

أولا : يجري تبليغ (اعـلان) الوثائق والاوراق القضائية من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه ذلك وفقا للاحكام القانونية المرعية لديه .

ثانيا : اذا تعـذر التـبليغ (الاعـلان) فعلى الجهة القضائية المطلوب اليها التبليغ (الاعلان) اخبار الجهة الطالبة لذلك مبينة الاسباب التي حالت دون التبليغ (الاعلان) .

المادة ١٣

اذا كـانت الجـهة المطلوب اليها تبليغ (اعلان) الوثائق القضائية فتقوم من تلقاء نفسـها بأرسـالها الى الجـهـة المختصة واذا تعذر عليها ذلك تحيلها الى وزراء العدل وتخطر فورا الجهة الطالبة بما تم في الحالتين .

المادة ١٤

يجب أن ترفق الوثائق والاوراق القضائية بطلب يحتوي على البيانات الاتية : ـ

أولا ـ الجهة التي صدرت عنها الوثيقة او الورقة .

ثانيا ـ نوع الوثيقة او الورقة المطلوب تبليغها (اعلانها) .

ثالثا ـ الاسم الكامل للمطلوب تبليـغـه (اعـلانه) وجنسـيـتـه ومـهنته وعنوانه والمقر القانوني للشخص المعنوي (الاعتباري) وعنوانه والاسم الكامل لممثله القانوني .

رابعا ـ المعلومات عن القضية التي يطلب التبليغ (الاعلان) عنها .

المادة ١٥

أولا : لا يرتب تبليغ (اعـلان) الوثائق أو الاوراق القضائية للجهة المطلوب اليها التبليغ (الاعلان) الحق في استيفاء أية رسوم او مصاريف .

ثانيا : يتحمل كل طرف نفقات التبليغ (الاعلان) الذي يتم في بلده .

المادة ١٦

لا يجوز للدولة المطلوب اليـهـا اعـلان او التـبليغ ان ترفض اجراءه الا اذا رأت من شأن تنفيذه المساس بسيادتها أو بالنظام العام أو الاداب العامة فيها .

وفي حـالة رفض التنفيذ تقوم الجهة المطلوب اليها ذلك بأخطار الجهة الطالبة بهذا الامر مع بيان أسباب الرفض .

الباب الثالث

الانابة القضائية

المادة ١٧

يتعهد كل طرف من الاطراف المتعاقدة بأن يقوم نيابة عن الطرف الاخر بأي اجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي الخبراء ومناقشتهم . واجراء المعاينة (الكشف) وطلب تحليف اليمن .

المادة ١٨

أولا - ترسل طلبات الانابة القضائية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب الى الجهة المطلوب اليها تتقيد الانابة لدى أي طف متعاقد اخر .

ثانيا - اذا كانت الجهة المطلوب اليها تنفيذ الانابة غير مختصة تحيل الطلب من تلقاء نفسها الى الجهة المختصة لديها واذا تعذر عليها ذلك تحيلها الى وزراء العدل وتخطر فورا الجهة الطالبة بما تم في الحالتين .

ثالثا - ترسل طلبات الانابة القضائية في القضايا الجزائية المطلوب تنفيذها لدى أي من الاطراف المتعاقدة مباشرة عن طريق وزراء العدل لدى كل منها .

المادة ١٩

أولا - يحرر طلب الانابة القضائية وفقا لقانون الطرف المتعاقد الطالب .

ثانيا - يجب ان يكون طلب الانابة القضائية مؤرخا وموقعا عليه ومختوما بختم الجهة الطالبة هو وجميع الاوراق المرفقة به دون حاجة للتصديق عليه او على هذه الاوراق .

ثالثا - يجب ان يتضمن طلب الانابة القضائية الجهة الصادر عنها الطلب ونوع القضية والجهة المطلوب اليها التنفيذ وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بوقائع القضية وخاصة اسماء الشهود ومحلات اقامتهم .

المادة ٢٠

أولا - يتم تنفيذ الانابة القضائية وفقا للاجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب اليه ذلك .

ثانيا - تحاط الجهة الطالبة ، بناء على طلبها علما بمكان وتاريخ وتنفيذ الانابة لغرض تمكين

الاطراف المعنيـة او وكلائهم من حضور التنفيذ وذلك وفقا للحدود المسموح بها في قانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

المادة ٢١

اذا تعـذر تنفـيـذ طلب الانابة القـضـائية فعلى الجهة القضايية المطلوب اليها تنفيذ الطلب اخبار الجهة الطالبة بذلك مبينة الاسباب التي حالت دون تنفيذ الطلب .

المادة ٢٢

يكون للاجـراء الذي يتم بطريق الانابة القـضائية وفقا لاحكام هذه الاتفاقية الاثر القانونى ذاته كما لَو تم أمام الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب .

المادة ٢٣

لا يرتب تنفـيـذ الانابة القضائية الحق في استيفاء أية رسوم أو مصاريف فيما عدا أجور الخبراء ان كـان لها مـقـتـضى . ونفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها ، ويرسل بها بيان مع ملف الانابة .

الباب الرابع

حضور الشهود والخبراء

المادة ٢٤

أولا ـ لا تجـوز ملاحقة او القاء القبض أو محاكمة أو حبس الشاهد أو الخبير أيا كانت جنسيته اذا حضر مختـارا الى احـدى الدول اطراف هذه الاتفـاقية بناء على استدعاء من السلطات القـضائية فيها ، وذلك عن فعل معاقب عليه كان قد ارتكبه قبل حضوره أو لسبب حكم سـابق على هذا الحـضـور ، ويتعين تبليغ (أعلان) الشاهد أو الخبير عند تبليغه (أعلانه) بالاستدعاء .

ثانيـا ـ تزول الحـصـانة المنصوص عليها في الفقرة (اولا) من هذه المادة عن الشاهد او الخبير ، شريطة ارجـاعـه مـتى اصـبح بقـاؤه غير ضروري ويتـمـتع الشخص المحبوس المنقول بالحماية المنصوص عليها في الفقرة (اولا) من المادة ٢٤ من هذه الاتفاقية .

ثانيا ـ للجهة المطلوب اليها نقل المحبوس رفض هذا الطلب في الحالات الاتية : ـ

أ ـ اذا كان وجوده ضروريا لدى الطرف المطلوب اليه نقله .

ب ـ اذا كان من شأن نقله اطالة أمد الحبس .

ج ـ اذا تعذر نقله لاعتبارات لا يمكن التغلب عليها .

ثالثا ـ يتحمل الطرف المتعاقد الطالب نفقات نقل الشاهد او الخبير المنصوص عليه في الفقرة (اولا) من هذه المادة .

المادة ٢٦

للشاهد او الخبير الحق في تقاضي مصروفات السفر والاقامة ومعافاته من أجر من الطرف المتعاقد الطالب وتبين في أوراق التبليغ (الاعلان) المبالغ التي تستحق للشاهد أو الخبير ، ويدفع الطرف المتعاقد الطالب مقدما هذه المبالغ اذا طلب الشاهد أو الخبير ذلك .

الباب الخامس

الاعتراف بالاحكام وتنفيذها

المادة ٢٧

اولا ـ يعترف وينفذ كل من الاطراف المتعاقدة الاحكام الحائزة قوة الشيء المقضي به الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والادارية والاحوال الشخصية والاحكام المقررة للتعويض في القضايا الجزائية ، التي تصدر لدى احدى الاطراف المتعاقدة بعد نفاذ هذه الاتفاقية .

ثانيا ـ يتم الاعتراف والتنفيذ واجراءاتهما وفقا لقانون الطرف المتعاقد الذي يجري الاعتراف والتنفيذ لديه .

ثالثا ـ لا تسري هذه المادة على :

أ ـ الاحكام التي تصدر ضد دولة الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف او التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها فقط .

ب ـ الاحكام التي يتنافى الاعتراف بها أو تنفيذها مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

ج ـ الاجراءات الوقتية والتحفظية والاحكام الصادرة في قضايا الافلاس والضرائب والرسوم .

المادة ٢٨

لا يجوز للسلطة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب اليه التنفيذ أن تبحث في أساس الدعوى

ولا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية :

أولا ـ اذا كـان مخالفـاً لاحكام القـانون أو النظام العـام أو الاداب العـامـة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف والتنفيذ .

ثانيا ـ اذا لم يبلغ (يعلن) الخـصم المحكوم عليـه أو من ينوب عنه قـانونا على الوجـه الصحيح بالحكم طبقا لقانون الطرف المتعاقد الذي صدر لدية .

ثالثا ـ اذا كانت الجهة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بمقتضى أحكام القانون النافذ في دولتها .

رابعا ـ اذا كـان قـد صدر حكم حائز قوة الشيء المقضي بين نفس الخصوم في ذات الموضوع من احـدى محاكم الطرف المتـعـاقـد المطلوب اليـه الاعتراف والتنفيذ ، أو اذا كانت لدى هذه المحـاكم دعـوى قـيـد النظر بين نفس الخـصوم في ذات الموضوع رفعت قبل أقامة الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب الاعتراف به وتنفيذه .

المادة ٢٩

تعتبر محاكم الطرف الذي صدر به الحكم مختصة في الحالات التالية : ـ

أولا ـ اذا كان موطن المدعي عليه أو محل أقامته في أقليم البلد المتعاقد .

ثانيا ـ اذا كـان للمدعي عليه وقت النظر بالدعوى محل أو فرع ذو صفة تجارية أو صناعية أو غير ذلك في أقليم ذلك البلد المتـعـاقد وكانت قد أقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذا الفرع أو المحل .

ثالثا ـ اذا كـان الالتـزام التـعـاقـدي موضوع النزاع قد نفذ أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك البلد المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعي والمدعى عليه .

رابعا ـ في حـالات المسئوليـة غير العـقـدية اذا كان الفعل المستجوب للمسئولية قد وقع في أقليم البلد المتعاقد .

خامسا ـ اذا كـان المدعى عليـه قـد قـبل الخضوع صراحة لاختصـاص محاكم ذلك البلد المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصـاصـها متى كان قانون ذلك البلد المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق .

سادسا ـ اذا ابدى المدعي عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم أختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع .

سابعا ـ اذا كانت الدعوى تتعلق بمنازعة خاصة بعقار كائن بأقليم هذه الدولة.

ثامناً ـ اذا كان للدائن بانفقة موطن أو محل أقامة معتاد على أقليم أو أراضي هذه الدولة .

تاسعاً ـ في مسائل الحضانة ، اذا كان محل أقامة الاسرة أو القريب الذي يقيم معه القاصر أو القصر يقع في أقليم هذه الدولة .

المادة ٣٠

يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم وتنفيذه لدى أي من الاطراف المتعاقدة الاخرى تقديم ما يأتي : ـ

أولا ـ نسخة مصدقة من الحكم مع تأييد كونه حكما حائزا قوة الشيء المقضي به قابلا للتنفيذ ما لم يكن ذلك ظاهرا في الحكم نفسه .

ثانيا ـ شهادة أو تأييد رسمي بأن الحكم كان قد بلغ (أعلن) وفقا للقانون .

ثالثا ـ نسخة من مستند تبليغ (أعلان) الحكم أو أي مستند اخر مصدق عليه من شأنه اثبات تبليغ (اعلان) المدعى عليه تبليغا (أعلانا) صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي .

رابعا ـ يجب أن تكون المستندات المبينة في هذه المادة موقعا عليها رسميا ومختومة بختم المحكمة المختصة دون حاجة الى التصديق عليها من أية جهة اخرى .

المادة ٣١

أولا ـ تنفذ السندات التنفيذية التي أبرمت في دولة الطرف المتعاقد لدى الاطراف المتعاقدة الاخرى طبقا للاجراءات المتبعة بالنسبة للاحكام القضائية اذا كانت خاضعة لتلك الاجراءات ويشترط ان لا يكون في تنفيذها ما يتعارض مع احكام القانون أو النظام العام أو الاداب العامة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

ثانيا ـ يتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بسند موثق وتنفيذه لدى الطرف المتعاقد الاخر أن تقدم نسخة رسمية منه مختومة بختم الموثق (الكاتب العدل) ومصدقا عليها ، أو شهادة صادرة منه تفيد أن المستند حائز لقوة السند التنفيذي.

ثالثا ـ تطبق في الاحوال الواردة بالفقرتين (أولا ، وثانيا) من هذه المادة أحكام المادة ٣٠ من هذه الاتفاقية .

المادة ٣٢

أولا ـ مع مراعاة أحكام المادة ٢٨ من هذه الاتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أي من

الاطراف المتـعـاقـدة بنفس الكيـفية المنصوص عليها في هذا الباب وتتبع القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه ولا يجوز للجهة القضائية المختصة لدى الطرف المتـعاقد المطلوب اليه التنفيذ أن تبحث موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم الا في الحالات الاتية :

أ ـ اذا كـان قـانون الطرف المتـعـاقـد المطلوب اليـه الاعتراف وتنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم .

ب ـ اذا كـان حكم المحكمين صـادرا تنفـيـذا لشرط أو لعـقـد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا.

ج ـ اذا كـان المحكمـون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمين بمقتضاه .

د ـ اذا كان الخصوم لم يبلغوا (يعلنوا) بالحضور على الوجه الصحيح .

هـ ـ اذا كـان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام القانون أو النظام العام أو الاداب العامة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ .

ثانيا ـ يتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم نسخة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية .

ثالثا ـ في حـالة وجود اتفاق صحيح مكتوب من الاطراف المتخاصمة يقتضى بموجبه الخضوع لاخـتـصـاص المحكمين وذلك للفـصل في نزاع مـعين أو فـيما قـد ينشأ بين الطرفين من منازعات في علاقة قانونية معينة يجب تقديم نسخة معتمدة من الاتفاق المشار اليه .

صـدرت الارادة الملكيـة السـامـيـة بالموافـقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٦٦٧٨ تاريخ ١٩٧٩/٧/٨ المتـضـمن الموافـقـة على تصديق اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها بشكلها التالي .

ميثاق

حول الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها

(تمت الموافقة على هذا الميثاق من قبل مؤتمر الامم المتحدة المنعقد في نيويورك بتاريخ ١٠ حزيران سنة ١٩٥٨)

المادة الاولى : ـ

١ـ ينطبق هذا الميثاق على الامور التي تتناول الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الدول غير الدولة التي يراد تنفيذ تلك القرارات لديها ، والناشئة عن المنازعات القائمة بين الافراد ، طبيعية كانت ام قانونية . كما وينطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية لدى الدولة المراد تنفيذ تلك القرارات لديها .

٢ ـ أن عبارة (قرارات التحكيم) لا تشمل فقط القرارات التي يصدرها المحكمون المعينون للبت في القضايا الافرادية بل تشمل أيضا القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمية التي يخضع لها الفرقاء .

٣ ـ لدى التوقيع على هذا الميثاق أو التصديق عليه أو التقيد بمضمونه أو الانضمام اليه بمقتضى أحكام المادة العاشرة منه ، يجوز لكل دولة على أساس المعاملة بالمثل أن تصرح بأنها ستطبق أحكام هذا الميثاق على الامور المتعلقة بالاعتراف وبتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في أية دولة أخرى من الدول المتعاقدة ، كما ويجوز لها أن تصرح بأنها سوف تحصر تطبيق هذا الميثاق على المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية (تعاقدية كانت أم غير تعاقدية) والتي تعتبر بأنها ذات طابع تجاري بنظر القانون المحلي للدولة التي تصدر مثل هذا التصريح .

المادة الثانية : ـ

١ ـ على كل دولة من الدول المتعاقدة أن تعترف بالاتفاقيات الخطية التي يوافق الفرقاء فيها على أن يحيلوا الى التحكيم أية منازعات تكون قد نشأت (أو التي يمكن أن تنشأ) بينهم ويكون لها مساس بعلاقات قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية ـ وذلك فيما يتعلق بأي نزاع يمكن تسويته بطريق التحكيم .

٢ ـ تشمل عبارة (الاتفاق الخطي) الفقرة التحكيمية الواردة في أي عقد ، أو أية أتفاقية للتحكيم موقع عليها من قبل الفرقاء ، أو التي من الممكن استنتاجها من التحارير أو البرقيات المتبادلة بين الفرقاء .

٣ ـ يتوجب على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين

الفـرقـاء ضـمن منطوق هذه المادة ، ان تحـيل ذلك النزاع الى التـحكيم وذلك بطلب من أحـد الفـرقـاء : الا اذا تبين للمـحكمة بأن تلك الاتفاقية لاغية وباطلة ، أو انها غير ملزمة ، أو انه ليس في الامكان تنفيذها.

المادة الثالثة : ـ

على كل دولة من الدول المتـعـاقـدة ان تعترف بصـحة قرارات التحكيم وتنفذها ، وذلك بمقتضى أصـول المحـاكمات المرعـيـة الاجـراء في البلد الذي يراد الاسـتناد اليها فيه ، وبمقتضى الشروط المبـينة في المواد التـاليـة . ويجب أن لا تفـرض على تنفـيذ قرارات التحكيم التي ينطبق عليها هذا الميـثـاق أية شروط تكون أكثر قسوة (أو رسوم تكون أعلى) من الشروط أو الرسوم المترتبة على تنفيذ قرارات التحكيم المحلية .

المادة الرابعة : ـ

١ ـ من أجل الحصول على الاعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاعتراف والتنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب : ـ

أ ـ قرار التحكيم الاصلي المصدق ، أو صورة مصدقة عنه .

ب ـ الاتفاقية الاصلية المبحوث عنها في المادة الثانية ، أو صورة مصدقة عنها .

٢ ـ اذا لم يكن قرار التحكيم أو الاتفاقية منظمين باللغة الرسمية للبلد المراد الاستناد اليهما فيه ، فـيـتـوجب على الفـريق الذي يطالب بالاعتراف بذلك القـرار وتنفـيذه أن يبرز ترجمات لهذه المسـتندات بتلك اللغـة ، ويتـوجب المصادقة على تلك الترجمات من قبل مترجم محلف أو من قبل موظف دبلوماسي أو قنصـلي .

المادة الخامسة : ـ

١ ـ يجـوز رفض طلب الاعتراف بقـرار التـحكيم وتنفـيـذه ، وذلك بناء على طلب المدعى عليـه ، شريطة أن يقدم هذا الاخير الى الجهة المقدم اليها ذلك الطلب أثباتها بما يلي : ـ

أ ـ أن الفـرقاء في الاتفاقية المبحوث عنها في المادة الثانية كانوا فاقدي الاهلية بموجب القانون المطبق عليـهم أو أن تلك الاتفـاقية لم تكن صحيحة بمقتضى القانون الذي تخضع اليه تلك الاتفـاقـيـة ، أو (في حـالة عـدم وجود الدليل على ذلك) بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم ـ أو

ب ـ أن الفـريق الذي صـدر قـرار التـحكيم ضـده لم يبلغ أي أشـعـار بتـعيين الحكم ، أو باجراءات التحكيم ، أو أنه كان قادر على عرض قضيته ـ أو

ج ـ أن قـرار التـحكيم يبـحث في نزاع خـارج عن نطاق الشروط التي تم بموجبها أحالة ذلك النزاع الى التـحكيم ، أو أنه يتـضـمن قـرارات حـول أمـور خارجه عن نطاق التحكيم : ويشترط في ذلك أنه اذا أمكن فـصل الامـور التي كـانت مـعروضة للتحكيم عن الامور التي لم تكن مـعـروضة للتحكيم ، فيجوز الاعتراف بذلك الجزء من القرار الذي يتناول الامور التي كانت معروضة للتحكيم ، وتنفيذه .

د ـ أن تشكيل الهيئة التـحكيـمـيـة (أو أن اجراءات التحكيم) لم تجر بموافقة الفرقاء ، أو في حالة عدم وجود موافقة كهذه فان الاجراءات لم تكن متفقة مع قانون البلاد التي جرى فيها التحكيم .

هـ ـ أن قـرار التـحكيم لم يكتسب بعد صفة الالزام بحق الفرقاء ، أو انه قد فسخ أو أوقف مـفـعوله من قبل هيئة ذات اختصاص ، أو بمقتضى أحكام القانون الساري المفعول في البلاد التي صدر فيها قرار التحكيم المذكور .

٢ ـ يمكن رفض الاعتراف بقـرار التحكيم وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه :

أ ـ أن موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد أو .

ب ـ أن الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد .

المادة السادسة : ـ

اذا قدم طلب لفسخ أو أيقاف العمل بقرار التحكيم الى السلطة ذات الاختصاص بموجب المادة الخـامـسة ـ الفقرة (أ) ، (هـ) فيجوز للمحكمة التي قدم اليها طلب تنفيذ قرار التحكيم (اذا رأت من المناسب) أن تؤجل أعطاء القـرار بشأن تنفـيـذ قـرار التـحكيم ، كما ويمكنهـا بناء على طلب الفريق طالب التنفيذ ، أن تأمر بتقديم كفالة مناسبة.

المادة السابعة : ـ

١ ـ أن نصـوص الميـثـاق الحـالي لا تؤثر على صـحة الاتفاقيات المتعددة الاطراف أو على صحة الاتفـاقـيـات الثنائية المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم والتي تكون الدول المتعاقدة فرقاء فيها ، كما ولا تحـرم أي فـريق اخـر ذا عـلاقة من حقه في الحصول على قرار تحكيم بالطريقة والى المدى المسـمـوح به في القـوانين أو المعـاهدات المرعـية الاجراء في البلد الذي يراد الاستناد الى قرار التحكيم فيه .

٢ ـ لا ينطبق بروتوكـول جنيف لسنة ١٩٢٣ ولا مـيـثاق جنيف المتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية لسنة ١٩٢٧ على الدول المتـعـاقـدة ، وذلك بمـجرد التقيد باحكام هذا الميثاق ، والى المدى الذي يتم فيه هذا التقيد .

المادة الثامنة : ـ

١ ـ يبـقى هذا الميثاق مفتوحا لغاية ٣١ كانون الاول ١٩٥٨ للتـوقيع عليه بالنيابة عن أي عضو من أعـضـاء هيئة الامم المتـحـدة ، أو بالنيابة عن أية دولة أخرى تكون عضوا (أو ستصبح عـضوا) في أية وكالة متخصصة من وكالات هيئة الامم المتحدة ، أو من الدول التي تشترك في عـضـوية محكمـة العـدل الدولية ، أو بالنيابة عن أية دولة تكون قد وجهت اليها الدعوة من قبل الجمعية العامة لهيئة الامم المتحدة .

٢ ـ يجرى التـصـديق على هذا الميـثاق ، وتودع وثائق التصديق لدى السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة .

المادة التاسعة : ـ

١ ـ يكون هذا الميثاق مفتوحا لانضمام كافة الدول المشار اليها في المادة الثامنة.

٢ ـ يتم الانضمام الى هذا الميثاق بايداع طلب الانضمام لدى السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة .

المادة العاشرة : ـ

١ ـ يجوز لاية دولة حين توقـيعها على هذا الميثاق ، أو حين التصديق عليه أو الانضمام اليه ، أن تعلن تمديد تطبيقه بحيث يشمل كافة المناطق الواقعة تحت اشرافها الدولي . ويصبح مثل هذا الاعلان ساري المفعول أعتبارا من تاريخ تطبيق اليمثاق على الدولة ذات العلاقة .

٢ ـ يمكن اجراء مثل هذا التمديد فيما بعد ، وذلك عن طريق أرسال أشعار بذلك الى سكرتير عام هيئة الامم المتـحـدة ، ويعتبر هذا الاجراء نافذا أعتبارا من اليوم التسعين الذي يلي اليوم الذي يتم فـيه استلام الاشعار المبحوث عنه من قبل سكرتير عام هيئة الامم المتحدة أو أعتبارا من تارخ تطبيق الميثاق لدى الدولة ذات العلاقة : أيهما يأتي ترتيبه اخيرا .

٣ ـ بالنسـبة للبلدان التي لم يشملها هذا الميثاق عند التوقيع عليه أو تصديقه أو الانضمام اليه ، يتـوجب على كل دولة أن تبحث أمكانية أتخاذ الاجراءات الازمة لتمديد تطبيق هذا الميثاق على تلك المناطق شريطة الحـصـول على مـوافـقة حكومات تلك المناطق ، اذا كان مثل هذا الاجراء ضروريا لاسباب دستورية .

المادة الحادية عشرة : ـ

تطبق الاحكام التالية على الدولة الاتحادية (غير الوحدوية) : ـ

أ ـ بالنسـبة الى مواد هذا الميثاق التي تدخل ضمن الصلاحيات التشريعية للدولة الاتحادية ، فان التـزامات الدولة الاتحادية يكون لها نفس المدى كالتزامات الدول المتعاقدة وغير الخاضعة الى

النظام الاتحادي .

ب ـ بالنسبة الى مواد هذا الميثاق التي تدخل ضمن الصلاحيات التشريعية للولايات أو المقاطعات الاعضاء في الاتحاد والتي بحسب النظام الدستوري للاتحاد لا تكون ملزمه على اتخاذ أجراء تشريعي معين ، يتوجب على الحكومة الاتحادية أن تحيط السلطات ذات العلاقة في تلك الولايات أو المقاطعات علما بهذه المواد مشفوعة بالتوصيات اللازمة وذلك في أقرب وقت ممكن.

ج ـ يتوجب على الدولة الاتحادية المنضمة الى هذا الميثاق ، بناء على طلب أية دولة من الدول المتعاقدة (المبلغ اليها عن طريق السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة ، ان تبادر الى تزويد تلك الدولة ببيان عن الوضع القانوني ، وعن التعامل المتبع في الاتحاد وفي الولايات التابعة له ، وذلك بالنسبة الى نص معين من نصوص هذا الميثاق ، مع بيان مدى تقيد السلطات التشريعية بذلك النص او بأية اجراءات اخرى المادة الثانية عشرة : ـ

١ ـ يصبح هذا الميثاق نافذا في اليوم التسعين الذي يلي تاريخ ايداع الوثيقة الثالثة من وثائق التصديق أو الانضمام.

٢ ـ كل دولة تصدق على هذا أو تنضم اليه بعد ايداع الوثيقة الثالثة من وثائق التصديق أو الانضمام يصبح هذا الميثاق نافذا بحقها في اليوم التسعين من تاريخ ايداع وثيقة التصديق أو الانضمام المبحوث عنها .

المادة الثالثة عشرة : ـ

١ ـ يجوز لاية دولة من الدول المتعاقدة ان تنسحب من هذا الميثاق وذلك بتقديم أشعار خطي بذلك الى السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة ـ ويتم الانسحاب بعد أنقضاء سنة واحدة على تاريخ استلام الاشعار من قبل السكرتير العام .

٢ ـ أية دولة من الدول التي تكون قد تقدمت بتصريح أو أشعار بمقتضى أحكام المادة العاشرة من هذا الميثاق يجوز لها في أي وقت لاحق ، وبأشعار ترسله الى السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة ، ان تعلن ان هذا الميثاق لم يعد معمولا به في المنطقة ذات العلاقة وذلك بعد إنقضاء سنة واحدة على تاريخ استلام الاشعار من قبل السكرتير العام .

٣ ـ يظل هذا الميثاق مطبقا على قرارات التحكيم التي تاخذت بشأنها الاجراءات اللازمة من أجل الاعتراف بها أو تنفيذها قبل تاريخ الانسحاب .

المادة الرابعة عشرة :

لا يحق لاحدى الدول المتعاقدة ان تلجأ الى تطبيق هذا الميثاق ضد الدول المتعاقدة الاخرى نفسها مقيدة باحكام الميثاق والى نفس المدى .

المادة الخامسة عشرة : ـ

على السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة ان يبلغ الدول المبحوث عنها في المادة الثامنة بما يلي : ـ

أ ـ التوقيع والتصديق بمقتضى المادة الثامنة .

ب ـ الانضمام بمقتضى المادة التاسعة .

ج ـ التصريحات والاشعارات بمقتضى المواد الاولى والعاشرة والحادية عشرة .

د ـ تاريخ بدء العمل بهذا الميثاق بمقتضى المادة الثانية عشرة .

هـ ـ الانسحابات والاشعارات بمقتضى المادة الثالثة عشرة .

المادة السادسة عشرة : ـ

١ ـ يجري ايداع هذا الميثاق في أرشيف هيئة الامم المتحدة ، وقد تم وضعه باللغات الصينية والانكليزية والفرنسية والروسية والاسبانية ـ وتعتبر هذه الصيغ بأجمعها صحيحة : على قدم المساواة فيما بينها .

٢ ـ على السكرتير العام لهيئة الامم المتحدة ان يرسل صورة مصدقة من هذا الميثاق الى الدول المبحوث عنها في المادة الثامنة .

ثبت المصادر

اولا ـ المراجع العربية :

١ ـ الدكتور أبو زيد رضوان : القانون الجوي دار الفكر العربي ـ القاهرة ١٩٧٦ .

٢ ـ الدكتور أحمد مسلم : القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ـ بيروت ١٩٦٦ .

٣ ـ الدكتور أحمد مسلم : القانون الدولي الخاص ١٩٥٦ .

٤ ـ الدكتور أحمد الخطيب : أحكام الميراث بغداد ١٩٦٦ .

٥ ـ الدكتور أحمد الخطيب : الوقف والوصايا بغداد ١٩٦٨ .

٦ ـ الدكتور أحمد الخطيب والدكتور أحمد الكبيسي والدكتور محمد عباس السامرائي : قانون الأحوال الشخصية في العراق ١٩٧٢ .

٧ ـ الدكتور أحمد غندور : الأحوال الشخصية في الكويت ١٩٧٢ .

٨ ـ الدكتور أحمد إبراهيم البسام الشركات التجارية في القانون العراقي بغداد ١٩٦٩ .

٩ ـ الدكتور أحمد الكبيسي : الأحوال الشخصية بغداد ١٩٧١ .

١٠ ـ الدكتور إدمون نعيم : القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان بيروت ١٩٦٧ .

١١ ـ الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : القانون الدولي الخاص ١٩٤٧ ـ ١٩٤٨ بغداد .

١٢ ـ الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : القانون الدولي الخاص العربي القاهرة ١٩٥٩ .

١٣ ـ الدكتور حامد زكي : القانون الدولي الخاص المصري ، القاهرة ١٩٤١ .

١٤ ـ حامد مصطفى : القانون الدولي الخاص العراقي بغداد ١٩٥٠.

١٥ ـ حامد مصطفى : مبادىء القانون الدولي الخاص بغداد ١٩٧٠.

١٦ ـ دكتورة حفيظه السيد حداد ، القانون القضائى الخاص الدولي.

١٧ ـ الدكتور حسن الهداوى : تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، بغداد ١٩٧٢.

١٨ ـ الدكتور حسن الهداوى : تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ـ الكويت ١٩٧٤.

١٩ ـ الدكتور حسن الهداوى : الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، الطبعة الرابعة ١٩٨٠.

٢٠ ـ الدكتور حسن الهداوى : الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون الكويتي ، الكويت، ١٩٧٣.

٢١ ـ حسين علي الأعظمي ، الوصايا ١٩٤٢ .

٢٢ ـ الدكتور حميد السعدي : شرح قانون العقوبات الحديد ، الجزء الأول سنة ١٩٧٠ .

٢٣ ـ الدكتور حسن علي الذنون : أصول الالتزام ، بغداد ١٩٧٠ .

٢٤ ـ الدكتـور رياض القـيسي ، المرونة والجمود في القانون الدولي الخاص وعلاقة ذلك بمفهوم الملائم ، رسالة ١٩٦٦ .

٢٥ ـ الدكتور رمزي طه الشاعر : ملاحظات في النظرية العامة للقانون الدستوري ١٩٧٢ .

٢٦ ـ الدكتور غالب الداودي نظرية الاحالة في القانون الدولي الخاص .

٢٧ ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم الكافي في شرح القانون المدني الاردني والعراقي .

٢٨ ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم الوسيط في نظرية العقد بغداد ١٩٦٩ .

٢٩ ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم مصادر الالتزام .

٣٠ ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم أحكام الالتزام .

٣١ ـ الدكتور عزيز العكيلي : الاوراق التجارية في القانون التجارة الاردني .

٣٢ ـ الدكتور عزيز العكيلي : الشركات التجارية في القانون الاردني .

٣٣ ـ الدكتور سامي بديع منصور الوسيط في القانون الدولي الخاص دار العلوم بيروت .

٣٤ ـ الدكتور سهيل الفتلاوي :الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي بغداد .

٣٥ ـ الدكتور سعدون القشطيني : أحكام المرافعات ، الجزء الأول ، بغداد ١٩٧٢ .

٣٦ ـ الدكتور شاب توما منصور ، قانون العمل دار الطبع والنشر بغداد ١٩٧٢ .

٣٧ ـ الدكتور شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب ، مصر ١٩٦٠ ـ ١٩٦١ .

٣٨ ـ الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية بغداد ١٩٦٠ ـ ١٩٦١

٣٩ ـ الدكتور صلاح الدين الناهي : شرح القانون التجاري بغداد ١٩٥٣ .

٤٠ ـ الدكـتور صلاح الدين الناهي : التعليقات الوافية على متون القوانين المرعية في العراق .

٤١ ـ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : نظرية الالتزام ١٩٦٦ .

٤٢ ـ الدكتور عبد الرحمن البزاز ، أصول القانون ١٩٥٨ .

٤٣ ـ الدكتور عبد الحميد وشاحي : القانون الدولي الخاص في العراق بغداد ١٩٤٠ .

٤٤ ـ الدكتور عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولي الخاص ١٩٤٣ .

٤٥ ـ الدكتـور عـز الدين عـبـد الله ، القـانون الدولي الخاص الطبعة السابعة والسادسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٢ .
٤٦ ـ الدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في النظرية العامة للالتزام بغداد ١٩٧١ .
٤٧ ـ الدكتـور فـؤاد عـبـد المنعم رياض : مـبـادىء القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٩ .
٤٨ ـ الدكتـور فـؤاد عـبـد المنعم رياض والدكتوره ساميه راشد ، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٤ .
٤٩ ـ الدكتـور ماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤ .
٥٠ ـ الدكتور مفلح عواد القضاة : أصول التنفيذ وفقاً لقانون الاجراء الاردني .
٥١ ـ الدكتور مفلح عواد القضاة : أصول المحاكمات الاردنية والتنظيم القضائي في الاردن .
٥٢ ـ الدكتـور ممدوح عـبـد الكريم حافظ : القانون الدولي الخاص ، دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٧ .
٥٣ ـ محمد طه البشير : الحقوق العينية الأصلية والتبعية بغداد ، ١٩٦٧ .
٥٤ ـ الدكتور مالك دوهان الحسن : المدخل لدراسة القانون بغداد 1972 .
٥٥ ـ الدكتـور منصور مصطفى منصور : مذكرات في القانون الدولي الخاص دار المعرفة بمصر ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ .
٥٦ ـ الدكتور محمد كمال فهمي : أصول القانون الدولي الخاص ، الإسكندرية ١٩٥٥ .
٥٧ ـ الدكتور محمد حسني عباس : الملكية الصناعية القاهرة ١٩٧٦ .
٥٨ ـ الدكتور محسن شفيق : التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤ .
٥٩ ـ محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث .
٦٠ ـ الدكتور محمد عزيز شكري : التنظيم الدولي العالمي ، دمشق دار الفكر ١٩٧٣ .
٦١ ـ الدكتور مرتضى نصر الله : تنازع الهيئات وتنازع الاختصاص القضائي ، ١٩٦٥ .
٦٢ ـ الدكتور محمد كمال فهمي : القانون الدولي الخاص ١٩٨٥ .
٦٣ ـ الدكتور محمد علي آل ياسين : القانون الدستوري والنظم السياسية بغداد ١٩٦٤ .
٦٤ ـ الدكتور مفلح عواد القضاة : أصول التنفيذ عمان ١٩٨٧ .
٦٥ ـ الدكتور مفلح عواد القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ١٩٨٧.

٦٦ ـ الدكتور مفلح عواد القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ١٩٨٧.

٦٧ ـ الدكتور محسن شفيق : القانون التجاري المصري ١٩٥٤ .

٦٨ ـ الدكتور محسن شفيق القانون التجاري المصري ١٩٥٤ .

٦٩ ـ الدكتور سليمان مرقس ـ أصول الاثبات وأجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري .

٧٠ ـ الدكتور محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري الأردني عمان ١٩٥٨ .

٧١ ـ الدكتور هشام علي صادق : مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ١٩٦٨ .

٧٢ ـ الدكتور هشام علي صادق : تنازع القوانين ، منشأة المعارف بمصر ١٩٧٤ .

المجــلات

١ ـ مجلة نقابة المحامين الاردنية .

٢ ـ مجلة القانون والاقتصاد .

٣ ـ المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص .

ثانياً ـ المراجع الأجنبية :

1 - Batiffol : Droit intenational prive' 1959

2 - Tyan Imile : Cowrs de driot international 1966

3 - Plaisant : Propri'et'e litteraire

4 - Savatier René : Cours de Droit international prive' 1947

5 - Mustafa Kamil Yassen : Problemes relatifs 'a la application du droit 'etranger 1965

6 - El Haddawi Hassan : Le contrat du commonde d' object d' art et ses suites de droit 1959

المجـــلات

1 - Dallog .

2 - Journal de driot international .

3 - Grands arrets de la jurspredence francaise de driot international priv'e.

4 - Revue de driot international prive' .

5 - Sirer .

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة

الباب الثاني